

sui generis

STRAFZUMESSUNG UND DOPPELVERWERTUNG

**Strafzumessung und
Doppelverwertung**
Ein Wegweiser zu einer
überprüfbareren Strafzumessung
Martin Seelmann

Hinweise zur digitalen Fassung dieses Buches:

- Die digitale Fassung (Open Access) ist sowohl auf der Webseite des Verlags (www.suigeneris-verlag.ch), auf Google Books als auch direkt über den Digital Object Identifier (DOI) zugänglich. Der DOI zum vorliegenden Buch ist im Impressum angegeben.
- Sämtliche Gesetzesartikel sowie alle frei zugänglichen Gerichtsurteile und Behördenentscheidungen sind in der digitalen Fassung verlinkt.
- Häufig verwenden die AutorInnen in ihrem Manuskript Links auf weitere Quellen. Diese werden in den Büchern nicht abgedruckt, aber in der digitalen Fassung den entsprechenden Textstellen hinterlegt.
- Für die Verlinkung werden Permalinks eingesetzt. Es handelt sich dabei um Links auf eine archivierte Version der Webseiten im Zeitpunkt der Linksetzung. Die Links sind beständig, d.h. sie funktionieren auch dann noch, wenn die Originalseite nicht mehr zugänglich ist und ihr Inhalt ändert nicht, wenn sich die Originalseite ändert.

Martin Seelmann

Strafzumessung und Doppelterwertung

**Ein Wegweiser zu einer
überprüfbareren Strafzumessung**

«So ischs halt gworda!»
CARL STOOSS, «Vater» des Schweizerischen Strafgesetzbuchs¹

Meinen Liebsten

1 Für falsch zugeordnete Zitate s. KLING²⁰, 67 f. (für das Originalzitat KLING⁵, 101).

Vorwort

Diese Arbeit kann mehr als nur einen Ursprungsort vorweisen, ist sie doch während meiner Assistenzzeit in Zürich, während meiner Forschungsaufenthalte in Freiburg i.Br. und in Salzburg, während des LL.M-Studiums in London sowie zu guter Letzt auch während meiner praktischen Tätigkeit in Basel entstanden. Ihre kosmopolitische Entstehungsgeschichte hat denn auch dazu beigetragen, unterschiedlichste Sichtweisen in die vorliegende Abhandlung einfließen zu lassen.

Ihr erfolgreicher Abschluss wäre ohne die Unterstützung von unterschiedlichster Seite nicht möglich gewesen, weshalb an dieser Stelle Worte des Dankes auszusprechen sind:

Mein besonderer Dank gebührt meinem Doktorvater Prof. Dr. Marc Thommen, der mit seiner Motivation, seinen Denkanstössen sowie seiner Inspiration während meiner Assistenzzeit an seinem Lehrstuhl ein Umfeld von hohem wissenschaftlichem Niveau förderte und durch seine Betreuung massgeblich zum Gelingen der vorliegenden Arbeit beigetragen hat. An die humorvolle und geistreiche Zeit mit ihm und meinen Assistierendenkolleginnen und -kollegen an der Treichlerstrasse mag ich mich gerne zurückerinnern. Herzlich danken möchte ich auch Prof. Dr. Sarah Summers für ihre freundliche Bereitschaft, das Zweitgutachten zu erstellen.

Weiterer Dank geht sodann an das Max-Planck-Institut zur Erforschung von Kriminalität, Sicherheit und Recht in Freiburg i.Br., das mir einen sechsmonatigen Forschungsaufenthalt und insbesondere eine vertiefte Auseinandersetzung mit dem deutschen (Strafzumessungs-)Recht ermöglichte. Besonders danken möchte ich für das grosszügige Gastrecht insbesondere Dr. Johanna Rinceanu LL.M. sowie Prof. Dr. Jörg Arnold. Ebenso zu Dank verpflichtet bin ich Prof. Dr. Kurt Schmoller von der Paris Lodron Universität Salzburg, der mir durch den Forschungsaufenthalt an seinem Lehrstuhl grundlegende Einsichten in das österreichische (Strafzumessungs-)Recht vermittelte.

Für die kritische Durchsicht des Manuskripts sowie die anregenden Diskussionen und Impulse danke ich des Weiteren RA MLaw Fabienne Sterki LL.M., RA Dr. Noémi Biro sowie RA MLaw Luca Ranzoni LL.M. Gleiches gilt für Dr. Johanna Lombeck für die verdankenswerte Übernahme des Lektorats.

Ein Dank geht nicht zuletzt auch an all jene zahlreichen nicht namentlich genannten Kolleginnen und Kollegen, die mit ihren Hinweisen und Ideen ebenfalls zum Gelingen der Arbeit beigetragen haben.

Für die grosszügigen Unterstützungsbeiträge zur Drucklegung resp. zur Open-Access-Publikation sei sodann dem Schweizerischen Nationalfonds

gedankt. Die namhaften finanziellen Beiträge durch den Forschungskredit der Universität Zürich sowie durch das Stipendium der Janggen-Pöhn-Stiftung haben ebenfalls zur Fertigstellung der vorliegenden Dissertation beigetragen, wofür ich mich ebenfalls herzlich bedanke.

Schliesslich geht ein nicht minder grosser Dank an mein persönliches Umfeld: einerseits an meine Eltern, die mir durch ihre vorbehaltlose Unterstützung meine Ausbildung – und damit auch die Ausarbeitung meiner Dissertation – ermöglicht haben; andererseits an meine bereits fachlich verdankte Partnerin RA MLaw Fabienne Sterki LL.M., die mir während der Ausarbeitung der Arbeit auch in persönlicher Hinsicht ein steter und unermüdlicher Rückhalt war.

Die vorliegende Arbeit wurde als Dissertation von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich angenommen. Literatur und Rechtsprechung wurden bis April 2023 berücksichtigt.

Basel, im Juli 2023

Martin Seelmann

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Inhaltsverzeichnis	XI
Literaturverzeichnis	XIX
Materialienverzeichnis	LXV
Abkürzungsverzeichnis	LXXV

Einleitung	1
A. Das «Pudding-Problem»	1
B. Fragestellung und Eingrenzung	4
C. Gliederung der Arbeit und Vorgehensweise	5

Teil I – Die Strafzumessung	11
A. Prolegomena – Grundlegende Terminologie	11
1. Strafzumessung i.w.S.	11
2. Strafzumessung i.e.S.	11
B. Was soll mit der Strafe erreicht werden? – Strafzwecke und Straftheorien	12
1. Absolute Straftheorien	15
2. Relative Straftheorien	24
3. Expressive Straftheorien	40
4. Vereinigungstheorien	41
5. Zwischenbemerkung	44
C. Die Geschichte der Strafzumessung in der Schweiz	44
1. Die Anfänge des Strafrechts in Mitteleuropa und der Schweiz	45
2. Das Peinliche Gesetzbuch der Helvetischen Republik vom 4. Mai 1799	54
3. Die Strafzumessung in den kantonalen Strafgesetzen	56
4. Der Weg zum Schweizerischen Strafgesetzbuch	61
5. Die Regelung der Strafzumessung im StGB von 1937	88
6. Die «Revolution» der Strafzumessung in den 1990er-Jahren	88
7. Die Revision vom 13. Dezember 2002	97
8. Die Revision des Sanktionenrechts vom 19. Juni 2015	105

9. Aktuelle Revisionsbestrebungen – «Harmonisierung der Strafrahmen»	110
10. Zwischenfazit	118
D. Die Strafzumessung nach geltendem Recht – die gerichtliche Vorgehensweise	119
1. Die Strafrahmen	120
2. Die Strafzumessung innerhalb des Strafrahmens – Art. 47 StGB und die einzelnen Strafzumessungsgründe	168
E. Fazit – Teil I	306

Teil II – Das Doppelverwertungsverbot

im Rahmen der Strafzumessung	311
A. Begriff	312
B. Rechtsvergleich	314
1. Deutschland	314
2. Österreich	321
C. Das Doppelverwertungsverbot im schweizerischen Strafrecht	325
1. Fehlende gesetzliche Grundlage	325
2. Frühere kantonale Strafgesetze	326
3. Die (Vor-)Entwürfe des Schweizerischen Strafgesetzbuchs sowie des Militärstrafgesetzbuchs	327
4. Rechtsprechung	334
5. Lehre	342
6. Zwischenfazit	347
D. Geltungsgründe	348
1. Ne bis in idem	350
2. Selbständiges logisches Prinzip	353
3. Materiell-rechtliche Begründungspflicht der Strafzumessung	356
4. Ausdruck des Gewaltenteilungsgrundsatzes	358
5. Ausdruck des Schuldprinzips	363
6. Zwischenfazit	367
E. Einordnung des Doppelverwertungsverbots in das Strafzumessungssystem	369
F. Geltungsbereiche	370
1. Geltungsbereich i.w.S.	370
2. Geltungsbereich i.e.S.	371
3. Die besondere Ausprägung eines Zumessungsmerkmals ...	395

4.	Das Doppelverwertungsverbot bei der Strafzumessung i.w.S.	400
5.	Zwischenfazit	403
G.	Schwächen und Stärken des Doppelverwertungsverbots	404
1.	Kritik am Doppelverwertungsverbot	404
2.	Stellungnahme	405
H.	Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung des Doppelverwertungsverbots im Schweizerischen Strafgesetzbuch?	409
1.	Argumentarium	409
2.	Vorschlag	411
I.	Rechtsfolgen bei Verstoss gegen das Doppelverwertungsverbot	412
J.	Fazit – Teil II	416
<hr/>		
	Zusammenfassung/Schnellzugriff	419
<hr/>		
	Schlussbetrachtung	425
<hr/>		
	Anhang	427
A.	Kantonale Strafzumessungsbestimmungen vor Einführung des Schweizerischen Strafgesetzbuches	427
1.	Aargau	427
2.	Freiburg	428
3.	Glarus	428
4.	Luzern	429
5.	Neuenburg	430
6.	Solothurn	430
7.	Tessin	430
8.	Waadt	431
9.	Wallis	431
10.	Zürich	432
B.	Die Vorentwürfe zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch ..	434
1.	Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch, Allgemeiner Teil, Im Auftrage des Bundesrates ausgearbeitet von Carl Stooss – 1893	434
2.	Schweizerisches Strafgesetzbuch, Vorentwurf im Auftrage des schweizerischen Bundesrates ausgearbeitet von Carl Stooss – 1894	435

3.	Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch nach den Beschlüssen der Expertenkommission – 1896	436
4.	Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch und zu einem Bundesgesetz betreffend Einführung des Schweizerischen Strafgesetzbuches. Nach den Beschlüssen der von dem eidgenössischen Justizdepartement mit der Durchsicht des Vorentwurfs von 1896 beauftragten Expertenkommission – 1903	438
5.	Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch im Auftrage des hohen schweizerischen Justizdepartements neu gefasst von Prof. C. Stooss – 1908	439
6.	Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch, Fassung der zweiten Expertenkommission – 1916	441
7.	Departementsentwurf zum Schweizerischen Strafgesetzbuch – Juni 1918	442
8.	Entwurf des Bundesrates an die Bundesversammlung, Schweizerisches Strafgesetzbuch – Juli 1918	443
9.	Schweizerisches Strafgesetzbuch – 21. Dezember 1937	444
C.	Die Revision vom 13. Dezember 2002	446
1.	Der Vorentwurf von Hans Schultz (1987)	446
2.	Der Vorentwurf von 1993	448
3.	Schweizerisches Strafgesetzbuch – Änderung vom 13. Dezember 2002	449

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Inhaltsverzeichnis	XI
Literaturverzeichnis	XIX
Materialienverzeichnis	LXV
Abkürzungsverzeichnis	LXXV

Einleitung	1
A. Das «Pudding-Problem»	1
B. Fragestellung und Eingrenzung	4
C. Gliederung der Arbeit und Vorgehensweise	5

Teil I – Die Strafzumessung	11
A. Prolegomena – Grundlegende Terminologie	11
1. Strafzumessung i.w.S.	11
2. Strafzumessung i.e.S.	11
B. Was soll mit der Strafe erreicht werden? – Strafzwecke und Straftheorien	12
1. Absolute Straftheorien	15
a. Allgemeines	15
b. Die Lehren Kants und Hegels	16
c. Kritik an den absoluten Straftheorien	19
d. Heutige Ausgestaltung absoluter Strafzwecke	22
2. Relative Straftheorien	24
a. Allgemeines	24
b. Spezialprävention	26
c. Generalprävention	33
3. Expressive Straftheorien	40
4. Vereinigungstheorien	41
5. Zwischenbemerkung	44
C. Die Geschichte der Strafzumessung in der Schweiz	44
1. Die Anfänge des Strafrechts in Mitteleuropa und der Schweiz	45
a. Das Strafrecht im Mittelalter	45
b. Die Rezeption des römischen Rechts nördlich der Alpen	47
c. Die Aufklärung	51

2. Das Peinliche Gesetzbuch der Helvetischen Republik vom 4. Mai 1799	54
3. Die Strafzumessung in den kantonalen Strafgesetzen	56
4. Der Weg zum Schweizerischen Strafgesetzbuch	61
a. Die Bundesverfassung von 1848	61
b. Frühe Vereinheitlichungsbestrebungen	62
c. Die gescheiterte Verfassungsrevision von 1872	63
d. Beginn der Rechtsvereinheitlichung durch Carl Stoons	65
a1. Die Motion Forrer von 1887	65
a2. Der Vorentwurf von 1893	67
a3. Die erste Expertenkommission – Erste Lesung	69
a4. Der Vorentwurf von 1894	72
a5. Die erste Expertenkommission – zweite Lesung	73
a6. Der Vorentwurf von 1896	76
e. Die Verfassungsrevision von 1898	76
f. Der Rechtsvereinheitlichung zweiter Teil	78
a1. Der Vorentwurf von 1903	78
a2. Der Vorentwurf von 1908	79
a3. Die Beratungen der zweiten grossen Expertenkommission – Vorentwurf von 1916	80
a4. Bemerkungen zum Vorentwurf der zweiten Expertenkommission von Bundesrat EDUARD MÜLLER und CARL STOOS	84
a5. Der Vorentwurf der Revisionskommission in Weggis von 1917	86
a6. Der Entwurf des Strafgesetzbuches von 1918	86
5. Die Regelung der Strafzumessung im StGB von 1937	88
6. Die «Revolution» der Strafzumessung in den 1990er-Jahren	88
7. Die Revision vom 13. Dezember 2002	97
a. Der Vorentwurf von 1993	97
b. Das Vernehmlassungsverfahren – 1993/1994	101
c. Die Botschaft zur Änderung des Strafgesetzbuches vom 21. September 1998	102
d. Die Revision innerhalb der Revision	103
8. Die Revision des Sanktionenrechts vom 19. Juni 2015	105
9. Aktuelle Revisionsbestrebungen – «Harmonisierung der Strafrahmen»	110
10. Zwischenfazit	118
D. Die Strafzumessung nach geltendem Recht – die gerichtliche Vorgehensweise	119

1. Die Strafrahmen	120
a. Allgemeines	120
b. Der ordentliche Strafrahmen	122
c. Der ausserordentliche Strafrahmen	124
a1. Strafmilderungsgründe	125
i. <i>Handeln aus achtenswerten Beweggründen</i>	131
ii. <i>Handeln in schwerer Bedrängnis</i>	132
iii. <i>Handeln unter dem Eindruck einer schweren Drohung</i>	134
iv. <i>Handeln auf Veranlassung einer anderen Person</i>	135
v. <i>Versuchung durch den Verletzten</i>	136
vi. <i>Handeln in entschuldbarer heftiger Gemütsbewegung oder unter grosser seelischer Belastung</i>	137
vii. <i>Betätigung aufrichtiger Reue</i>	139
viii. <i>Zeitablauf</i>	144
a2. Der besondere Milderungsgrund der verminderten Schuldfähigkeit (Art. 19 Abs. 2 StGB)	146
a3. Strafschärfungsgründe	159
i. <i>Der frühere Strafschärfungsgrund des Rückfalls</i>	159
ii. <i>Zusammentreffen mehrerer strafbarer Handlungen</i> ..	163
a4. Zusammentreffen von Strafmilderungs- und Strafschärfungsgründen	167
2. Die Strafzumessung innerhalb des Strafrahmens – Art. 47 StGB und die einzelnen Strafzumessungsgründe	168
a. Finale Strafzumessungsgründe – Ausrichtung an den anerkannten Strafzwecken	174
a1. Das Schuldprinzip	176
i. <i>Die Strafbegründungsschuld</i>	177
ii. <i>Die Strafzumessungsschuld und die Entwicklung des Verschuldensbegriffs im Schweizerischen Strafgesetzbuch</i>	183
iii. <i>Das Verschulden nach Art. 47 StGB</i>	187
iv. <i>Die Funktionen des Schuldprinzips bei der Strafzumessung</i>	192
v. <i>Schuld und der Grundsatz der Verhältnismässigkeit</i> ..	194
a2. Prävention	197
i. <i>Spezialprävention</i>	198
ii. <i>Generalprävention</i>	209
iii. <i>Zwischenbemerkung</i>	221
a3. Die praktische Anwendung der finalen Strafzumessungsgründe	222

i. Theorie der Punktstrafe	223
ii. (Asymmetrische) Spielraumtheorie	225
iii. Stellenwerttheorie	234
iv. Tatproportionale Strafzumessung	237
v. Zwischenfazit	238
a4. Die Grenzen des Schuldrahmens	238
i. Die Überschreitung des Schuldrahmens	239
ii. Die Unterschuldstrafe	240
a5. Zwischenfazit	248
b. Reale Strafzumessungsgründe –	
Ermittlung der Strafzumessungstatsachen	249
a1. Tatbezogene Strafzumessungskriterien	251
i. Schwere der Verletzung oder Gefährdung des betroffenen Rechtsguts	252
ii. Art und Weise des Tatvorgehens	255
iii. Beweggründe und Ziele des Täters	257
iv. Vermeidbarkeit der Verletzung und Gefährdung des Rechtsguts	261
a2. Täterbezogene Strafzumessungskriterien	264
i. Vorleben und Vorstrafen	265
ii. Persönliche Verhältnisse	272
iii. Nachtatverhalten	273
iv. Besondere Strafempfindlichkeit	274
v. Verhalten des Staates	278
a3. Zwischenfazit	279
c. Logische Strafzumessungsgründe	280
a1. Festlegung der Bewertungsrichtung der Strafzumessungstatsachen	281
a2. Abwägung aller Strafzumessungstatsachen gegeneinander	282
a3. Festsetzung der konkreten Strafe unter Umsetzung der gewonnenen Anhaltspunkte	284
i. Die Verknüpfungproblematik	284
ii. Alternative Strafzumessungsmodelle	289
d. Wechselwirkungen zur Strafzumessung i.w.S.	293
a1. Die Wahl der Straftat	294
a2. Die Wahl des Strafmodus	297
a3. Fazit	306
E. Fazit – Teil I	306

**Teil II – Das Doppelverwertungsverbot
im Rahmen der Strafzumessung** 311

A. Begriff 312

B. Rechtsvergleich 314

1. Deutschland 314

 a. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts 314

 b. Die gesetzliche Regelung von § 46 Abs. 3 StGB/D 316

 c. Das Doppelverwertungsverbot in der heutigen deutschen
 Lehre und Rechtsprechung 319

 a1. Lehre 319

 a2. Rechtsprechung 320

2. Österreich 321

 a. Die gesetzliche Regelung von § 32 Abs. 2 StGB/Ö 321

 b. Das Doppelverwertungsverbot in der heutigen
 österreichischen Lehre und Rechtsprechung 322

 a1. Lehre 322

 a2. Rechtsprechung 323

**C. Das Doppelverwertungsverbot im
schweizerischen Strafrecht** 325

1. Fehlende gesetzliche Grundlage 325

2. Frühere kantonale Strafgesetze 326

**3. Die (Vor-)Entwürfe des Schweizerischen Strafgesetzbuchs
sowie des Militärstrafgesetzbuchs** 327

 a. Der Vorentwürfe ab 1894 327

 b. Die Beratung der zweiten grossen Expertenkommission
 1912-1916 329

 c. Bemerkungen zum Vorentwurf der zweiten
 Expertenkommission von Carl Stooss 330

 d. Die Beratungen der Revisionskommission in Weggis und
 der Entwurf des Bundesrates von 1918 332

 e. Der (Vor-)Entwurf des Militärstrafgesetzes 333

4. Rechtsprechung 334

 a. Die Anfänge der bundesgerichtlichen Rechtsprechung
 zum Doppelverwertungsverbot 334

 a1. BGE 70 IV 181 334

 a2. BGE 72 IV 110 335

 a3. BGE 118 IV 342 335

 a4. BGE 120 IV 67 338

 b. Die neuere bundesgerichtliche Rechtsprechung 339

 c. Kantonale Entscheide 340

5. Lehre	342
6. Zwischenfazit	347
D. Geltungsgründe	348
1. Ne bis in idem	350
a. Lehre	350
b. Stellungnahme	352
2. Selbständiges logisches Prinzip	353
a. Lehre	353
b. Stellungnahme	354
3. Materiell-rechtliche Begründungspflicht der Strafzumessung	356
a. Lehre	356
b. Stellungnahme	356
4. Ausdruck des Gewaltenteilungsgrundsatzes	358
a. Lehre	358
b. Rechtsprechung	359
a1. Deutschland	359
a2. Schweiz	360
c. Stellungnahme	361
5. Ausdruck des Schuldprinzips	363
a. Lehre	363
b. Stellungnahme	364
6. Zwischenfazit	367
E. Einordnung des Doppelverwertungsverbots in das Strafzumessungssystem	369
F. Geltungsbereiche	370
1. Geltungsbereich i.w.S.	370
2. Geltungsbereich i.e.S.	371
a. Tatbestandsmerkmale	373
b. Qualifizierungs- und Privilegierungsmerkmale	376
c. Tatbestandalternativen	379
d. Deliktsmehrheit	380
e. Sinn und Zweck einer Norm (kriminalpolitischer Grundgedanke)	382
f. «Regeltatbild»	384
g. Täterschaft und Teilnahme	388
h. Versuch und Vollendung	390
i. Unrechts- und schuldbezügliche Merkmale	391
j. Zusammentreffen von Strafminderungs- und Strafmilderungsgründen	393
k. Präventive Merkmale	394

3.	Die besondere Ausprägung eines Zumessungsmerkmals ...	395
4.	Das Doppelverwertungsverbot bei der Strafzumessung i.w.S.	400
5.	Zwischenfazit	403
G.	Schwächen und Stärken des Doppelverwertungsverbots	404
1.	Kritik am Doppelverwertungsverbot	404
2.	Stellungnahme	405
H.	Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung des Doppelverwertungsverbots im Schweizerischen Strafgesetzbuch?	409
1.	Argumentarium	409
2.	Vorschlag	411
I.	Rechtsfolgen bei Verstoss gegen das Doppelverwertungsverbot	412
J.	Fazit – Teil II	416
<hr/>		
	Zusammenfassung/Schnellzugriff	419
<hr/>		
	Schlussbetrachtung	425
<hr/>		
	Anhang	427
A.	Kantonale Strafzumessungsbestimmungen vor Einführung des Schweizerischen Strafgesetzbuches	427
1.	Aargau	427
2.	Freiburg	428
3.	Glarus	428
4.	Luzern	429
5.	Neuenburg	430
6.	Solothurn	430
7.	Tessin	430
8.	Waadt	431
9.	Wallis	431
10.	Zürich	432
B.	Die Vorentwürfe zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch ..	434
1.	Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch, Allgemeiner Teil, Im Auftrage des Bundesrates ausgearbeitet von Carl Stooss – 1893	434
2.	Schweizerisches Strafgesetzbuch, Vorentwurf im Auftrage des schweizerischen Bundesrates ausgearbeitet von Carl Stooss – 1894	435

3.	Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch nach den Beschlüssen der Expertenkommission – 1896	436
4.	Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch und zu einem Bundesgesetz betreffend Einführung des Schweizerischen Strafgesetzbuches. Nach den Beschlüssen der von dem eidgenössischen Justizdepartement mit der Durchsicht des Vorentwurfs von 1896 beauftragten Expertenkommission – 1903	438
5.	Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch im Auftrage des hohen schweizerischen Justizdepartements neu gefasst von Prof. C. Stooss – 1908	439
6.	Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch, Fassung der zweiten Expertenkommission – 1916	441
7.	Departementsentwurf zum Schweizerischen Strafgesetzbuch – Juni 1918	442
8.	Entwurf des Bundesrates an die Bundesversammlung, Schweizerisches Strafgesetzbuch – Juli 1918	443
9.	Schweizerisches Strafgesetzbuch – 21. Dezember 1937	444
C.	Die Revision vom 13. Dezember 2002	446
1.	Der Vorentwurf von Hans Schultz (1987)	446
2.	Der Vorentwurf von 1993	448
3.	Schweizerisches Strafgesetzbuch – Änderung vom 13. Dezember 2002	449

Literaturverzeichnis

Zitierweise: Soweit nicht anders vermerkt, werden die nachstehenden Werke mit dem Nachnamen des Verfassers oder der Verfasserin, dem Erscheinungsjahr oder der Auflage (bei mehreren Auflagen) sowie der Seitenzahl, Randziffer (durchgehende Nummerierung im Werk) oder Randnote (kapitelweise Nummerierung) zitiert. Publikationen des gleichen Autors oder der gleichen Autorin mit gleicher Auflage werden zusätzlich durch das Erscheinungsjahr oder – bei gleichem Erscheinungsjahr – durch ein Zitierstichwort unterschieden. Bei Beiträgen in Zeitschriften, Sammelbänden und Kommentaren werden grundsätzlich die Zeitschrift, der Sammelband (oder die Herausgeberschaft), bei Festschriftbeiträgen die Festschrift und bei einer Kommentierung deren Abkürzung angegeben.

ACHENBACH H., Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre, Diss. München, Berlin 1974

Ackermann J.-B. (Hrsg.), Kommentar Kriminelles Vermögen – Kriminelle Organisationen, Zürich 2018 (zit. KV-KO-BEARBEITER/-IN, Art. ... StGB N ...)

ACKERMANN J.-B. / CESAROV M., Täterkomponenten und Strafartenwahl bei der Gesamtstrafenbildung, *forumpoenale* 2020, 451 ff.

ACKERMANN J.-B. / EGLI S., Die Strafartschärfung – eine gesetztesgelöste Figur, *forumpoenale* 2015, 158 ff.

AHLERS-GRZIBEK U., Der normative Normalfall in der Strafzumessung, Diss. Osnabrück, Hamburg 2003

ALBERTS H., Gesetzliche Strafmilderungsgründe und richterliche Strafraumenwahl, Diss. Kiel 1985

ALBRECHT H.-J.

- Strafzumessung bei schwerer Kriminalität im Vergleich, *ZStW* 1990, 596 ff.
- Strafzumessung bei schwerer Kriminalität, Berlin 1994

ALBRECHT P.

- Schuld und Strafzumessung aus der Sicht des Richters, *SJZ* 1983, 262 ff.
- Die Strafzumessung im Spannungsfeld von Theorie und Praxis, *ZStrR* 1991, 45 ff.

- Ein Strafzumessungsmodell für die Drogenjustiz?: Kritische Anmerkungen zum Aufsatz «Strafzumessung im Betäubungsmittelhandel» von Peter Frei und Carlo Ranzoni in AJP/PJA 1995 1439 ff., AJP 1996, 369 ff.
 - Neue Wege der Strafzumessung bei Betäubungsmitteldelikten?, ZStrR 1998, 418 ff.
 - Probleme der Strafgerechtigkeit aus der Sicht des Richters, ZStrR 2006, 68 ff.
 - Strafrecht ohne Recht?, ZStrR 2013, 385 ff.
 - Strafzumessung ohne individuelle Tatschuld?, ZStrR 2017, 439 ff.
 - Präventive Irritationen in der Dogmatik des Strafprozessrechts, sui-generis 2018, 58 ff.
- ALDER M., Die Strafzumessungsrichtlinien der USA in ihrem Kontext mit Plea Bargaining, Diss. Bern, Frankfurt a.M. 2001
- ALKALAY M., Das materielle Strafrecht der Französischen Revolution und sein Einfluss auf Rechtsetzung und Rechtsprechung der Helvetischen Republik, Diss. Zürich 1984
- ALLEMANN P., Das richterliche Ermessen, mit besonderer Berücksichtigung des Vorentwurfes zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch: ein Beitrag zur Vereinheitlichung des Strafrechtes in der Schweiz, Olten 1917
- ANDERSON P. R. / NEWMAN D. J., Introduction to criminal justice, 6. Aufl., Boston 1998
- ANDRISSEK T. R., Vergeltung als Strafzweck – Empirisch-soziologische Begründung und kriminalpolitische Folgerungen, Diss. Regensburg, Tübingen 2017
- ARNDT A., Das Strafmass, SJZ 1946, 30 ff.
- ARNOLD J., Strafzumessung bei jugendlichen Ersttätern, dargestellt am Anspruch und der Ausgestaltung der Verurteilung auf Bewährung bei Eigentumsstraftaten und unbefugter Benutzung von Fahrzeugen, Diss. Berlin 1986
- ARZT G., Strafzumessung: Revolution in der Sackgasse, recht 1994, 141 ff. (Teil 1), 234 ff. (Teil 2)
- ASHWORTH A.
- Criminal justice and deserved sentences, The Criminal Law Review 1989, 340 ff.
 - Sentencing and Criminal Justice, 6. Aufl., Cambridge 2015

- AVRIGEANU T., Ambivalenz und Einheit – Eine Untersuchung zur strafrechtswissenschaftlichen Grundlagendiskussion der Gegenwart anhand ihrer Bezüge zu Kants Philosophie, Diss. Bonn, Baden-Baden 2006
- BACHER J.-L. / JENDLY M., *La fixation de la peine en droit pénal suisse à la lumière de quelques constats empiriques*, in: Perrin B. / Meylan P. / Fiolka G. / Niggli M. A. / Riedo C. (Hrsg.), *Droit pénal et criminologie – Mélanges en l'honneur de Nicolas Queloz*, Basel 2020, 33 ff. (zit. BACHER/JENDLY, in: MH Queloz)
- BÄR F., Der Entwurf eines Schweizerischen Strafgesetzbuches vom 23. Juli 1918 – III. Das Strafmass, SJZ 1918/1919, 269 ff.
- BASTELBERGER M., Die Legitimität des Strafrechts und der moralische Staat: utilitaristische und retributivistische Strafrechtsbegründung und die rechtliche Verfassung der Freiheit, Diss. Frankfurt a.M. 2006
- BAUMANN J., Grundbegriffe und System des Strafrechts – eine Einführung in die Systematik an Hand von Fällen, 5. Aufl., Stuttgart et al., 1979
- BECCARIA C.
– *Dei delitti e delle pene*, a cura di Piero Calamandrei (Hrsg.), 2. Aufl., Florenz 1950 (Original 1764)
– *Von den Verbrechen und von den Strafen (1764)* – Aus dem Italienischen von Thomas Vormbaum, mit einer Einführung von Wolfgang Naucke, Berlin 2004
- BELING E., *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen 1906
- BERGMANN M., Die Milderung der Strafe nach § 49 Abs. 2 StGB – zugleich ein Beitrag zu § 157 Abs. 1 u. § 113 Abs. 4 StGB sowie zum Rücktritt vom formell vollendeten Delikt, Diss. Mannheim, Heidelberg 1988
- BERNARD S.
– Sicherheitsgesellschaft und psychiatrische Begutachtungspraxis in Strafverfahren, Jusletter vom 13. Februar 2012
– Ungleiches Strafrecht für Alle, ZStrR 2017, 117 ff.
- BERNREITER D. M. C., «nulla poena sine culpa» – Tat- oder Täterschuld? – Zum Schuldbegriff des StGB und der Berücksichtigung der Täterpersönlichkeit im Rahmen der Strafbemessung, Wien 2015
- BERTSCHI N. / LOEB B., Schutz vor gefährlichem Verhalten? – Zur Bedeutung von Fremdgefährdung im Erwachsenenschutzrecht, ZKE 2016, 263 ff.

- BIERBRAUER G. / HAFFKE B., Schuld und Schuldunfähigkeit, in: Hassemer W. / Lüderssen K. (Hrsg.), Sozialwissenschaften im Studium des Rechts, Band III, Strafrecht, München 1978, 173 ff.
- BINGGELI R., Die Geldstrafe, in: Bänziger F. / Hubschmid A. / Sollberger J. (Hrsg.), Zur Revision des Allgemeinen Teils des Schweizerischen Strafrechts und zum neuen materiellen Jugendstrafrecht, 2. Aufl., Bern 2006, 74 ff.
- BIRKLBAUER A. / HILF M. / KONOPATSCH C. / MESSNER F. / SCHWAIGHOFER K. / SEILER S. / TIPOLD A., StGB – Strafgesetzbuch: Praxiskommentar, Wien 2018 (zit. PK StGB/Ö-BEARBEITER/-IN, § ... N ...)
- BLANKENBURG E., Strafzumessungsdogmatik oder «Der Pudding am Nagel», in: Pfeiffer C. / Oswald M. (Hrsg.), Strafzumessung – Empirische Forschung und Strafrechtsdogmatik im Dialog, Internationales Symposium, 9.-12. März 1988 in Lüneburg, Stuttgart 1989, 127 ff.
- BLIESENER T. / THOMAS J., Wirkt Strafe, wenn sie der Tat auf dem Fusse folgt? Zur psychologisch-kriminologischen Evidenz des Beschleunigungsgebots, ZJJ 2012, 382 ff.
- BLOY R., Die Berücksichtigungsfähigkeit aussertatbestandlicher Auswirkungen der Tat bei der Strafzumessung, ZStW 1995, 576
- BOLLA F., Urteilsbesprechung, Entscheid des Corte delle assise criminali, Tessin vom 29. Oktober 1942, Rep. 1943, 44 ff.
- BOMMER F.
- Die Sanktionen im neuen AT StGB – ein Überblick, recht 2007, 1 ff.
 - Abgekürztes Verfahren und Plea Bargaining im Vergleich, ZSR 2009 II, 9 ff.
 - Die strafrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2010, ZBJV 2015, 350 ff.
 - Neuerungen im Sanktionenrecht: Geldstrafe und Freiheitsstrafe, ZStrR 2017, 365 ff.
 - Anmerkungen zum Versuch der Strafraahmenharmonisierung, ZStrR 2019, 267 ff.
 - Mindeststrafen und Strafzwecke, ContraLegem 2019/2, Sondernummer, Festgabe für Christian Schwarzenegger zu seinem 60. Geburtstag, 34 ff.
- BOMMER F. / STRATENWERTH G., Erneute Änderungen des Sanktionenrechts?, in: Heer M. / Heimgartner S. / Niggli M. A. / Thommen M. (Hrsg.), «Toujours agité – jamais abattu» – Festschrift für Hans Wiprächtiger, Basel 2011, 15 ff. (zit. BOMMER, in: FS Wiprächtiger)

- BOYCE R. N. / DRIPPS D. A. / PERKINS R. M., *Criminal law and procedure: cases and materials*, 10. Aufl., New York 2007
- BRÄGGER B., *Das schweizerische Sanktionenrecht*, Bern 2018
- BRÄGGER B. / ZANGGER T., *Freiheitsentzug in der Schweiz – Handbuch zu grundlegenden Fragen und aktuellen Herausforderungen*, Bern 2020
- BRÄNDLI A., *Das Verbrechen der Kindestötung*, Diss. Bern 1920
- BRANDT A., *Mängel der Strafzumessung*, JW 1925, 2719 ff.
- BRANDT R., *Feuerbach und Kant – Anmerkungen zu ihrem Staats- und Strafrecht*, in: Koch A. / Kubiciel M. / Löhnig M. / Pawlik M. (Hrsg.), *Feuerbachs Bayerisches Strafgesetzbuch – Die Geburt liberalen, modernen und rationalen Strafrechts*, Tübingen 2014, 171 ff.
- BRENESELOVIC L., *Die wissenschaftskritischen Zuordnungen von Franz von Liszt – Ein Beitrag zum Verständnis der Modernen Schule des Strafrechts*, Diss. München, Berlin 2020
- BRINER A., *Die ordentliche Strafmilderung nach dem Schweizerischen Strafgesetzbuch, unter besonderer Berücksichtigung der Strafmilderungsgründe des Art. 64*, Diss. Zürich 1978
- BROWN G., *Criminal Sentencing as Practical Wisdom*, Oxford 2017
- BRUNS H.-J.
- Die «Generalprävention» als Zweck und Zumessungsgrund der Strafe?: eine Analyse der Rechtsprechung, in: von Weber H. / Welzel H. / Conrad H. (Hrsg.), *Festschrift für Hellmuth von Weber zum 70. Geburtstag*, Bonn 1963, 75 ff. (zit. BRUNS, in: FS von Weber)
 - Zum Verbot der Doppelverwertung von Tatbestandsmerkmalen oder strafrahmenbildenden Umständen (Strafbemessungsgründen), in: Naucke W. / Geerds F. (Hrsg.), *Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft – Festschrift für Hellmuth Mayer zum 70. Geburtstag am 1. Mai 1965*, Berlin 1966, 353 ff. (zit. BRUNS, in: FS Mayer)
 - Alte Grundfragen und neue Entwicklungstendenzen im modernen Strafzumessungsrecht, in: Stratenwerth G. / Kaufmann A. / Geilen G. / Hirsch H. J. / Schreiber H.-L. / Jakobs G. / Loos F. (Hrsg.), *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1974*, Berlin 1974, 739 ff. (zit. BRUNS, in: FS Welzel)
 - *Strafzumessungsrecht – Gesamtdarstellung*, 2. Aufl., Köln 1974

- «Stellenwerttheorie» oder «Doppelspurige Strafhöhenbemessung»? in: Jescheck H.-H. / Lüttger H. (Hrsg.), Festschrift für Eduard Dreher zum 70. Geburtstag am 29. April 1977, Berlin/New York 1977, 251 ff. (zit. BRUNS, in: FS Dreher)
- Der «Bestimmtheitsgrad» der Punktstrafe im Strafzumessungsrecht, NJW 1979, 289 ff.
- Grundprobleme des Strafzumessungsrechts, ZStW 1982, 111 ff.
- Das Recht der Strafzumessung, 2 Aufl., Köln et al. 1985

BRUNS H.-J. / GÜNTGE G.-F., Das Recht der Strafzumessung, 3. Aufl., Köln 2019

BUCHWALD [Vorname unbekannt], Zur Frage der richterlichen Strafzumessung, JR 1948, 143 ff.

BUNZ T., Eine Einführung in die Grundlagen der Strafzumessung, Jura 2011, 14 ff.

BURGSTALLER M.

- Die Strafrechtsreform Österreichs im Vergleich mit der Strafrechtsreform der Bundesrepublik Deutschland, in: Lüttger H. (Hrsg.), Strafrechtsreform und Rechtsvergleichung, Berlin 1979, 39 ff.
- Ausgewählte Strafzumessungsfragen, RZ 1982, 145 ff.
- Grundprobleme des Strafzumessungsrechts in Österreich, ZStW 1982, 127 ff.

CALLIESS R.-P.

- Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat: ein Beitrag zur strafrechtsdogmatischen Grundlagendiskussion, Frankfurt a.M., 1974
- Strafzwecke und Strafrecht – 40 Jahre Grundgesetz – Entwicklungstendenzen vom freiheitlichen zum sozial-autoritären Rechtsstaat?, NJW 1989, 1338 ff.
- Die Strafzwecke und ihre Funktion – Straftheorie oder dialogische Strafrechtstheorie als Bezugsrahmen, in: Britz G. / Jung H. / Koriath H. / Müller E. (Hrsg.), Grundfragen staatlichen Strafens – Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag, München 2001, 99 ff. (zit. CALLIES, in: FS Müller-Dietz)

CHESTERTON G. K., The Club of Queer Trades, New York/London 1905

Cirener G. / Radtke H. / Rissing-van Saan R. / Rönnau T. / Schluckebier W. (Hrsg.) Strafgesetzbuch – Leipziger Kommentar, Vierter Band, §§ 38 bis 55, 13. Aufl., Berlin 2020 (zit. LK StGB IV¹³-BEARBEITER/-IN, § ... N ...)

CONINX A.

- Haft wegen Ausführungsgefahr – Notwendige Beschränkung einer hybriden Rechtsfigur zwischen Strafprozessrecht und Polizeirecht, ZSR 2016 I, 383 ff.
- Rechtsphilosophische Grundlagen des Strafens und aktuelle Entwicklungen im Massnahmenrecht, recht 2016, 157 ff.
- Das Strafparadigma der Gegenwart: Was bedeutet das alles, und wohin führt es?, recht 2019, 25 ff.
- Von Augen und Zähnen, ContraLegem 2019/2, 26 ff.

CORBOZ B.

- Le pourvoi en nullité à la Cour de cassation du Tribunal fédéral, SJ 1991, 57 ff.
- La motivation de la peine, ZBJV 1995, 1 ff.
- Les infractions en droit suisse, Volume I, Bern 2002

DAVIES M., *Criminal Justice: An Introduction to the Criminal Justice System in England and Wales*, 3. Aufl., Harlow 2005

DE SOUSA A BRITO J., *Strafzwecke im Rechtsstaat*, in: Herzog F. / Neumann U. (Hrsg.), *Festschrift für Winfried Hassemer*, Heidelberg 2010, 305 ff. (zit. DE SOUSA A BRITO, in: FS Hassemer)

DETTNER K.

- Ausbau der Rechtskontrolle tatrichterlicher Beweiswürdigung und Strafzumessung, in: Geiss K. / Nehm K. / Brandner H. E. / Hagen H. (Hrsg.), *Festschrift aus Anlass des fünfzigjährigen Bestehens von Bundesgerichtshof, Bundesanwaltschaft und Rechtsanwaltschaft beim Bundesgerichtshof*, Köln 2000, 679 ff. (zit. DETTNER, in: FS BGH)
- Zum Strafzumessungs- und Massregelrecht, NStZ 2009, 74 ff.

DIEZ E., *Die Strafzumessungsgründe im besonderen Teil des StGB, insbesondere die Gewerbsmässigkeit: ein Beitrag zur Lehre von der Strafzumessung*, Diss. Basel 1944

DISCH S., *L'homicide intentionnel (étude des art. 111, 112, 113, 114 et 116 du Code pénal suisse)*, Diss. Lausanne 1999

DÖLLING D.

- Über die Höhenbemessung bei der Freiheits- und der Jugendstrafe, in: Amelung K. (Hrsg.), *Strafrecht, Biorecht, Rechtsphilosophie – Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber zum 70. Geburtstag am 10. Mai 2003*, Heidelberg 2003, 55 ff. (zit. DÖLLING, in: FS Schreiber)

- Die rechtliche Struktur der Strafzumessungsentscheidung im deutschen Strafrecht, in: Frisch W. (Hrsg.), Grundlagen des Strafzumessungsrechts aus deutscher und japanischer Sicht, Tübingen 2011, 85 ff.
- DÖLLING D. / HERMANN D., Befragungsstudien zur negativen Generalprävention: Eine Bestandsaufnahme, in: Albrecht H.-J. / Entorf H. (Hrsg.), Kriminalität, Ökonomie und Europäischer Sozialstaat, Heidelberg 2003, 133 ff.
- Donatsch A. (Hrsg.), StGB/JStG Kommentar – Mit weiteren Erlassen und Kommentar zu den Strafbestimmungen des SVG, BetmG und AuG/AIG, 21. Aufl., Zürich 2022 (zit. OFK StGB²¹-BEARBEITER/-IN, Art. ... N ...)
- Donatsch A. / Lieber V. / Summers S. / Wohlers W. (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), 3. Aufl., Zürich 2020 (zit. ZK StPO³-BEARBEITER/-IN, Art. ... N ...)
- DONATSCH A. / SUMMERS S. / WOHLERS W., Strafprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 2023
- DONATSCH A. / THOMMEN M. / WOHLERS W., Strafrecht IV – Delikte gegen die Allgemeinheit, 5. Aufl., Zürich 2017
- DONGOIS N. / BICHOVSKY A. / BLANK S. / KALUBI V. M. / PAREIN L. / VUILLE J., Code pénal, partie générale (art. 1-110) – tables pour les études et la pratique, 4. Aufl., Basel 2016 (zit. DONGOIS et al.⁴)
- DOOB A. / WEBSTER C., Studies of the Impact of New Harsh Sentencing Regimes, in: von Hirsch A. / Ashworth A. / Roberts J. (Hrsg.), Principal Sentencing – Readings on Theory and Policy, Oxford 2009, 49 ff.
- DREHER E.
 - Bericht – Die erste Arbeitstagung der Grossen Strafrechtskommission, ZStW 1954, 568 ff.
 - Doppelverwertung von Strafbemessungsumständen, JZ 1957, 155 ff.
 - Zur Spielraumtheorie als der Grundlage der Strafzumessungslehre des Bundesgerichtshofes, JZ 1967, 41 ff.
 - Gedanken zur Strafzumessung – Eine Besprechung von Hans-Jürgen Bruns: Strafzumessungsrecht, Allgemeiner Teil, JZ 1968, 209 ff.
 - Über Strafraumen, in: Frisch W. / Schmid W. (Hrsg.), Festschrift für Hans-Jürgen Bruns zum 70. Geburtstag, Köln 1978, 141 ff. (zit. DREHER, in: FS Bruns)
 - Das schlechte Gewissen des Strafrichters, in: Kaufmann A. / Bemmman G. / Krauss D. / Volk K. (Hrsg.), Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978, München 1979, 45 ff. (zit. DREHER, in: FS Bockelmann)

DROST H., Das Ermessen des Strafrichters – zugleich ein Beitrag zu dem allgemeinen Problem Gesetz und Richteramt, Berlin 1930

DUBBER M. D., Einführung in das US-amerikanische Strafrecht, München 2005

DUBS H.

- Analytische Bewertung als Grundlage richterlicher Strafzumessung, in: Juristische Fakultät der Universität Basel (Hrsg.), Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1963, Basel 1963, 9 ff. (zit. DUBS, in: FG SJ)
- Grenzen der Individualisierung im Strafrecht, in: Noll P. (Hrsg.), Beiträge zur juristischen Methodenlehre – Festschrift für Oscar Adolf Germann zum 80. Geburtstag, Bern 1969, 27 ff. (zit. DUBS, in: FS Germann)
- Grundprobleme des Strafzumessungsrechts in der Schweiz, ZStW 1982, 161 ff.

DUNBAR I. / LANGDON A., Justifications and Purposes of Imprisonment, in: Jewkes Y. / Letherby G. (Hrsg.), Criminology: A Reader, London 2002, 321 ff.

Dupuis M. / Moreillon L. / Piguët C. / Berger S. / Mazou M. / Rodigari V. (Hrsg.), Petit Commentaire, CP – Code pénal, 2. Aufl., Basel 2017 (zit. PC CP², Art. ... N ...)

EASTON S. / PIPER C., Sentencing and Punishment – The Quest for Justice, 4. Aufl., Oxford 2016

EDLIN G., Willensfreiheit und Strafrecht, SJZ 1934, 215 ff.

EGE G.

- Das Strafrecht und die Hirnforschung, ZStrR 2017, 299 ff.
- Der Affekt im schweizerischen Strafrecht – Die Berücksichtigung von heftigen Gemütsbewegungen im Allgemeinen und Besonderen Teil des schweizerischen Strafgesetzbuches, Diss. Zürich 2017
- Der Affekt – aus Sicht des Strafrechtlers, ZStrR 2018, 475 ff.
- «Auf direktem Weg ins Gefängnis» – Eine kritische Auseinandersetzung mit den vorgeschlagenen Strafrahmen im Sexualstrafrecht, Contra Legem 2019/2, 39 ff.

EGE G. / SEELMANN M., Die (un-)gefestigte Rechtsprechung zur Wahl der Straftat – Kritische Gedanken zu BGE 147 IV 241, AJP 2022, 342 ff.

EGETER I., Das ethnisch-kulturell motivierte Delikt, Diss. Zürich 2002

EHRHARDT H., Ungeklärte Fragen der Strafzumessungslehre, Diss. Nürnberg 1965

- EICKER A., Grundzüge strafrechtlicher Konkurrenzlehre, ius.full 2003, 146 ff.
- EISENBERG U., Zur Anwendbarkeit des Doppelverwertungsverbotes auch im Jugendstrafrecht, in: Hanack E.-W. / Hilger H. / Mehle V. / Widmaier G. (Hrsg.), Festschrift für Peter Riess zum 70. Geburtstag am 4. Juni 2002, Berlin/New York 2002, 829 ff. (zit. EISENBERG, in: FS Riess)
- EISENBERG U. / KÖLBEL R., Kriminologie, 7. Aufl., Tübingen 2017
- EL-GHAZI M., Der Anwendungsbereich des Doppelverwertungsverbotes, JZ 2014, 180 ff.
- ELLSCHIED G., Tatproportionale Strafzumessung und Strafaussetzung zur Bewährung – Bemerkungen zu einem kategorialen Irrweg, in: Britz G. / Jung H. / Koriath H. / Müller E. (Hrsg.), Grundfragen staatlichen Strafens – Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag, München 2001, 201 ff. (zit. ELLSCHIED., in: FS Müller-Dietz)
- ELLSCHIED G. / HASSEMER W., Strafe ohne Vorwurf – Bemerkungen zum Grund strafrechtlicher Haftung, in: Lüderssen K. / Sack F. (Hrsg.), Seminar: Abweichendes Verhalten II – Die gesellschaftliche Reaktion auf Kriminalität, Band 1, Strafgesetzgebung und Strafrechtsdogmatik, Frankfurt a.M. 1975, 266 ff.
- ERBER-SCHROPP J. M., Schuld und Strafe: eine strafrechtsphilosophische Untersuchung des Schuldprinzips, Diss. Bochum, Tübingen 2016
- EUGSTER L. / FRISCHKNECHT T., Strafzumessung im Betäubungsmittelhandel, AJP 2014, 327 ff.
- EYMANN C., Das Criminalgesetzbuch für den Canton Basel von 1821, Diss. Basel, Bamberg 1980
- EXNER F.
- Die Theorie der Sicherungsmittel, Berlin 1914
 - Die Kriminalpolitik des schweizerischen Strafgesetzentwurfes, ZStrR 1917, 189 ff.
 - Studien über die Strafzumessungspraxis der deutschen Gerichte, Leipzig 1931
- FAHL C.
- Zur Bedeutung des Regeltatbildes bei der Bemessung der Strafe, Diss. Passau, Berlin 1996
 - Zur Bedeutung des Regeltatbildes für die Bemessung der Strafe, ZStW 1999, 156 ff.

- FANDRICH A., Das Doppelverwertungsverbot im Rahmen von Strafzumessung und Konkurrenzen, Diss. Kiel, Taunusstein 2010
- FELS M.-A. / BLUM N. / RUCKSTUHL N., Restaurative Gerechtigkeit – betrachtet aus dem Blickwinkel der Strafverfolgung, der Opfervertretung und der Verteidigung, *forumpoenale* 2022, 359 ff.
- FINK D., Das Volk hat immer recht ...: Strafrechtsrevisionen und -entwicklungen im zeitlichen Überblick, in: Heer M. / Heimgartner S. / Niggli M. A. / Thommen M. (Hrsg.), «Toujours agité – jamais abattu» – Festschrift für Hans Wiprächtiger, Basel 2011, 697 ff. (zit. FINK, in: FS Wiprächtiger)
- FIOLKA G., Das Rechtsgut als Massstab des Verschuldens in Art. 47 StGB, *ZStrR* 2007, 133
- FISCHER T., Beck'sche Kurz-Kommentare, Band 10, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 70. Aufl., München 2023 (zit. BKK⁷⁰-FISCHER, § ... N ...)
- FLETCHER G. P., *The Grammar of Criminal Law – Volume One: Foundations*, Oxford 2007
- FONTANA K.
- Neue Debatte um schärfere Strafen: Justizministerin Simonetta Sommaruga beugt sich dem Druck aus dem Parlament, *NZZ* vom 26. Mai 2017, 13
 - Harmonisierung der Strafraumen: Kein Grund zur Arbeitsverweigerung, *NZZ* vom 27. Mai 2017, 13
- FORRER L., Motion Forrer betr. Vereinheitlichung des Strafrechts – Rede des Herrn Nationalrath L. Forrer, *ZStrR* 1888, 13 ff.
- FOTH E., Strafschärfung/Strafmilderung – eine noch unerledigte Frage der Strafzumessung, *JR* 1985, 397 ff.
- FRANK H., Strafbemessungs- und Strafvollzugslehre im Lichte einiger Ergebnisse der experimentalen Kriminalpsychologie, *ZStrR* 1943, 231 ff.
- FREI P. / RANZONI C., Strafzumessung im Betäubungsmittelhandel, *AJP* 1995, 1439 ff.
- FRISCH W.
- Gegenwärtiger Stand und Zukunftsperspektiven der Strafzumessungsdogmatik – Das Recht der Strafzumessung im Lichte der systematischen Darstellungen von Hans-Jürgen Bruns und Franz Pallin (Teil I), *ZStW* 1987, 349 ff.

- Gegenwärtiger Stand und Zukunftsperspektiven der Strafzumessungsdogmatik – Das Recht der Strafzumessung im Lichte der systematischen Darstellungen von Hans-Jürgen Bruns und Franz Pallin (Teil II), ZStW 1987, 751 ff.
- Über die «Bewertungsrichtung» von Strafzumessungstatsachen – Ein Beitrag zur Problematik komparativer Aussagen im Strafrecht, GA 1989, 338 ff.
- Unrecht und Schuld im Verbrechensbegriff und in der Strafzumessung, in: Britz G. / Jung H. / Koriath H. / Müller E. (Hrsg.), Grundfragen staatlichen Strafens – Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag, München 2001, 237 ff. (zit. FRISCH, in: FS Müller-Dietz)
- Zur Bedeutung von Schuld, Gefährlichkeit und Prävention im Rahmen der Strafzumessung, in: Frisch W. (Hrsg.), Grundlagen des Strafzumessungsrechts aus deutscher und japanischer Sicht, Tübingen 2011, 3 ff. (zit. FRISCH, in: Frisch, Schuld)
- Die revisionsgerichtliche Überprüfung der Strafzumessung, in: Frisch W. (Hrsg.), Grundlagen des Strafzumessungsrechts aus deutscher und japanischer Sicht, Tübingen 2011, 217 ff. (zit. FRISCH, in: Frisch, Überprüfung)
- Schuldgrundsatz und Verhältnismässigkeitsgrundsatz, NStZ 2013, 249 ff.
- Feuerbachs Straftheorie und seine Strafbemessungslehre, in: Koch A. / Kubiciel M. / Löhnig M. / Pawlik M. (Hrsg.), Feuerbachs Bayerisches Strafgesetzbuch – Die Geburt liberalen, modernen und rationalen Strafrechts, Tübingen 2014, 191 ff.
- Über das Verhältnis von Straftatensystem und Strafzumessung. Unrecht und Schuld in der Verbrechenslehre und in der Strafzumessung, GA 2014, 489 ff.
- Strafrecht, Straftat und Strafzumessung im gesamten Strafrechtssystem – Zur Revisionsbedürftigkeit des Grundverständnisses der Straftat, in: Fahl C. / Müller E. / Satzger H. / Swoboda S. (Hrsg.), Ein menschengerechtes Strafrecht als Lebensaufgabe – Festschrift für Werner Beulke, Heidelberg 2015, 103 ff. (zit. FRISCH, in: FS Beulke)
- Strafrecht, Verbrechensbegriff und Straftatensystem im Werk von Günther Jakobs, in: Kindhäuser U. / Kress C. / Pawlik M. / Stuckenberg C.-F. (Hrsg.), Strafrecht und Gesellschaft – Ein kritischer Kommentar zum Werk von Günther Jakobs, Tübingen 2019, 647 ff.

FRISCHKNECHT T., Kultureller Rabatt: Überlegungen zu Strafausschluss und Strafmässigung bei kultureller Differenz, Diss. Bern 2008

FROSCHE H., Die allgemeine Rückfallvorschrift des § 48 StGB, Diss. Tübingen 1976

- GABUZZI S., Kanton Tessin, in: von Liszt F. (Hrsg.), Die Strafgesetzgebung der Gegenwart in rechtsvergleichender Darstellung, Band I, Das Strafrecht der Staaten Europas, Berlin 1894, 421 ff.
- GAUTIER A., Die französische Schweiz, in: von Liszt F. (Hrsg.), Die Strafgesetzgebung der Gegenwart in rechtsvergleichender Darstellung, Band I, Das Strafrecht der Staaten Europas, Berlin 1894, 401 ff.
- GERMANIER F., Angehörigeninteressen in der Strafzumessung, Diss. Luzern, Zürich 2019
- GERMANN O. A.
- Das Ermessen des Richters auf Grund des schweizerischen Strafgesetzbuches, ZStrR 1942, 21 ff.
 - Das Verbrechen im neuen Strafrecht, Zürich 1942
- GERMANN U.
- Regulation statt Repression? Überlegungen zur Geschichte der schweizerischen Kriminalpolitik im 19. und 20. Jahrhundert, in: Studer B./Tanner J./Opitz C. (Hrsg.), Kriminalisieren, Entkriminalisieren, Normalisieren, Schweizerisches Jahrbuch für Wirtschafts- und Sozialgeschichte, Band 21, Zürich 2006, 195 ff.
 - Die späte Erfindung der Zweispurigkeit, Carl Stooss und die Entstehung der Zweispurigkeit von Strafen und Massnahmen im schweizerischen Strafrecht – eine historisch-kritische Retrospektive, ZStrR 2009, 152 ff.
 - Zweispurige Verbrechensbekämpfung. Kriminalpolitik und Gesetzgebung im transnationalen Diskurs: Franz von Liszt, die schweizerische Strafrechtsreform und die Zweispurigkeit von Strafen und Massregeln, Rg 2009, 84 ff.
- GERNY D., Sommaruga hinterlässt Keller-Sutter einen Rohrkrepierer, NZZ vom 19. Januar 2019, 13
- GETH C., Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl., Basel 2021
- GIANNOULIS G., Studien zur Strafzumessung – Ein Beitrag zur Dogmatik, Rechtstheorie und Rechtsinformatik mit Vertiefung in den Eigentums- und Vermögensdelikten, Diss. Frankfurt a.M., Tübingen 2014
- GIEHRING H., Ungleichheiten in der Strafzumessung und die Strafzumessungslehre – Versuch einer Analyse aus der Sicht eines Strafrechtswissenschaftlers, in: Pfeiffer C./Oswald M. (Hrsg.), Strafzumessung – Empirische Forschung und Strafrechtsdogmatik im Dialog, Stuttgart 1989, 77 ff.

GILLIÉRON P., Le Code pénal vaudois de 1843 (partie générale) – ou l'éclectisme comme expression de la pensée pénale libérale, Diss. Lausanne 2005

GISEL-BUGNION M., L'individualisation d'une peine mesurée sur la culpabilité, Diss. Genf 1978

GODENZI G., «Second opinion»? ZStrR 2018, 1 ff.

GÖTTING B.

- Gesetzliche Strafrahmen und Strafzumessungspraxis: eine empirische Untersuchung anhand der Strafverfolgungsstatistik für die Jahre 1987 bis 1991, Diss. Göttingen, Frankfurt a.M. 1997
- Die Bedeutung der gesetzlichen Strafrahmen für die Strafzumessung, NSStZ 1998, 542 ff.

Graf D. K. (Hrsg.), Annotierter Kommentar StGB, Bern 2020 (zit. AK StGB-BEARBEITER/-IN, Art. ... N ...)

GRASNICK W.

- Über Schuld, Strafe und Sprache – systematische Studien zu den Grundlagen der Punktstrafen- und Spielraumtheorie, Diss. Tübingen 1987
- BGH, 14.8.1990 – 1 StR 62/90, Zum Verbot der Doppelverwertung von Tatbestandsmerkmalen, JZ 1991, 932 ff.

GRASSBERGER R.

- Die Strafzumessung, Wien 1932
- Die Strafe, ÖJZ 1961, 167 ff.

GRAVEN J., Les problèmes d'application des dispositions légales au «meurtre par passion» en droit suisse, ZStrR 1960, 124 ff.

GRAVEN P., Le principe nulla poena sine culpa dans la jurisprudence récente du Tribunal fédéral, ZStrR 1981, 159 ff.

GREINER G., Bedingte und teilbedingte Strafen, Strafzumessung, in: Bänziger F. / Hubschmid A. / Sollberger J. (Hrsg.), Zur Revision des Allgemeinen Teils des Schweizerischen Strafrechts und zum neuen materiellen Jugendstrafrecht, 2. Aufl., Bern 2006, 97 ff.

GRETENER X., Zum Entwurfe eines Militärstrafgesetzbuches für die schweizerische Eidgenossenschaft, Bern 1886

GRIBBOHM G., Das Verbot strafschärfender Analogie und die strafzumessungsrechtlichen Doppelverwertungsverbote, in: Eser A. / Kullmann H. J. / Meyer-Grossner L. / Odersky W. / Voss R. (Hrsg.), Straf- und Strafverfahrens-

recht, Recht und Verkehr, Recht und Medizin – Festschrift für Hannskarl Salger zum Abschied aus dem Amt als Vizepräsident des Bundesgerichtshofes, Berlin/Bonn/München 1995, 39 ff. (zit. GRIBBOHM, in: FS Salger)

GRIMM J. / GRIMM W., Deutsches Wörterbuch, Neuauflage des Kompetenzzentrums für elektronische Erschliessungs- und Publikationsverfahren in den Geisteswissenschaften an der Universität Trier, Band 25 (ursprünglich Band XII,I), Trier / Frankfurt a.M. 2004

Grosse R. (Hrsg.), Schwabenspiegel – Monumenta Germaniae Historica, Band V, Weimar 1964

GSCHWEND L.

- Carl Stooss (1849-1934) – Originell-kreativer Kodifikator und geschickter Kompilator des schweizerischen Strafrechts – Reflexionen zu seinem 60. Todestag, ZStrR 1994, 26 ff.
- Der Einfluss Paul Johann Anselm von Feuerbachs auf die Strafrechtsentwicklung in der Schweiz, in: Koch A. / Kubiciel M. / Löhnig M. / Pawlik M. (Hrsg.), Feuerbachs Bayerisches Strafgesetzbuch – Die Geburt liberalen, modernen und rationalen Strafrechts, Tübingen 2014, 477 ff.

GSCHWEND L. / WEDER R., Strafrecht und Moral: unvereinbar oder untrennbar?, ZStrR 2018 (Sonderheft), 1 ff.

HAAG K., Rationale Strafzumessung – Ein entscheidungstheoretisches Modell der strafrichterlichen Entscheidung, Diss. Saarbrücken, Köln et al. 1970

HADORN S., Gesetzgebung, forumpoenale 2021, 419 ff.

HÄFELIN U. / MÜLLER G. / UHLMANN F., Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich / St. Gallen 2020

HAFTER E.

- Die Arbeiten am schweizerischen Strafgesetzbuch, Erster Beitrag, ZStrR 1913, 253 ff.
- Die Arbeiten am schweizerischen Strafgesetzbuch, Zweiter Beitrag, ZStrR 1914, 4 ff.
- Strafrecht und Schuld, Zürich 1922
- Schweizerisches Strafrecht – Besonderer Teil, Erste Hälfte, Berlin 1937
- Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts – Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Bern 1946

HAGEMANN H.-R., Basler Rechtsleben im Mittelalter, Band 1, Basel / Frankfurt a.M. 1981

HAMPTON J., An Expressive Theory of Retribution, ARSP 1992, Beiheft 47, 1 ff.

HANSJAKOB T.

- Zur Strafzumessung in Betäubungsmittel-Straffällen, SJZ 1994, 57 ff.
- Strafzumessung in Betäubungsmittelfällen – eine Umfrage der KSBS, ZStrR 1997, 233 ff.

Hansjakob T. / Schmitt H. / Sollberger J. (Hrsg.), Kommentierte Textausgabe zum revidierten Strafgesetzbuch, 2. Aufl., Luzern 2006 (zit. Komm. StGB²-BEARBEITER/-IN)

HÄRRIM., Folgenberücksichtigung bei der Strafzumessung, ZStrR 1998, 212 ff.

HÄRTER K., Strafrechts- und Kriminalitätsgeschichte der Frühen Neuzeit, Berlin/Boston 2018

HART-HÖNIG K., Gerechte und zweckmäßige Strafzumessung: zugleich ein Beitrag zur Theorie positiver Generalprävention, Diss. Frankfurt a.M., Berlin 1992

HASSEMER W.

- Die Formalisierung der Strafzumessungsentscheidung, ZStW 1978, 70 ff.
- Generalprävention und Strafzumessung, in: Hassemer W. / Lüderssen K. / Naucke W. (Hrsg.), Hauptprobleme der Generalprävention, Frankfurt a.M. 1979, 29 ff.
- Sicherheit durch Strafrecht, HRRS 2006, 130 ff.
- Verantwortlichkeit im Strafrecht, in: Roth G. / Hubig S. / Bamberger H. G. (Hrsg.), Schuld und Strafe – Neue Fragen: Tagungsband zur Tagung vom 19. Mai 2010 in Berlin, München 2012, 7 ff.

HAUSER G., Die Verknüpfungsproblematik in der Strafzumessung, Diss. Freiburg i.Üe. 1985

HEGEL G. W. F.

- Grundlinien der Philosophie des Rechts (1820), abgedruckt in: Brandt H. D. (Hrsg.), Philosophische Bibliothek, Band 638, Hamburg 2013
- Philosophie des Rechts, nach der Vorlesungsnachschrift von H. G. Hotho 1822/1823, in: Iltting K.-H. (Hrsg.), Vorlesungen über Rechtsphilosophie (1818-1831), Band 3, Stuttgart 1974

HEIERLE M. C., Die Strafzumessung im Militärstrafrecht, insbesondere die Berücksichtigung der militärischen Führung: eine Analyse der Rechtsprechung, Diss. Zürich 1986

- HEIN C., Die fünfte Grundrechenart, in: Naumann M. (Hrsg.), Die Geschichte ist offen – DDR 1990: Hoffnung auf eine neue Republik; Schriftsteller aus der DDR über die Zukunftschancen ihres Landes, Reinbek 1990, 60 ff.
- HEINE G., Das neue Strafsystem im Spiegel der Rechtsprechung: blechen oder schwitzen statt sitzen – gegebenfalls gemischt!, recht 2009, 1 ff.
- HEINITZ E., Der Entwurf des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches vom kriminalpolitischen Standpunkt aus, ZStW 1958, 1 ff.
- HEINRICH J., Die gesetzliche Bestimmung von Strafschärfungen – Ein Beitrag zur Gesetzgebungslehre, Diss. Marburg, Berlin 2016
- HENKEL H., Die «richtige» Strafe – Gedanken zur richterlichen Strafzumessung, Recht und Staat, Heft 381/382, Tübingen 1969
- HERZBERG R. D., Der strafrechtliche Schuldbegriff im 21. Jahrhundert, GA 2015, 250 ff.
- HESTER R., Sentencing in US-American Jurisdictions, in: Ambos K. (Hrsg.), Strafzumessung – Sentencing, Göttingen 2020, 151 ff.
- HETTINGER M.
- Das Doppelverwertungsverbot bei strafrahmenbildenden Umständen (§§ 46 Abs. 3, 50 StGB), Berlin 1982
 - Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 29.10.1986 – 1 StR 578/85 (LG Passau), StV 1987, 146 ff.
- HILLENKAMP T., Vorsatztat und Opferverhalten, Habil. Göttingen 1981
- HIRSCH H. J., Das Schuldprinzip und seine Funktion im Strafrecht, in: Kohlmann G. (Hrsg.), Strafrechtliche Probleme, Schriften aus drei Jahrzehnten, Berlin 1999, 637 ff.
- HIS R.
- Das Strafrecht des deutschen Mittelalters – Erster Teil: Die Verbrechen und ihre Folgen im allgemeinen, Leipzig 1920
 - Geschichte des Deutschen Strafrechts bis zur Karolina, München 1928
- HÖCHE P. / SCHUMANN K. F., Curriculum Strafzumessung, in: Hassemer W. / Lüderssen K. (Hrsg.), Sozialwissenschaften im Studium des Rechts, Band III, Strafrecht, München 1978, 215 ff.
- HOERSTER N., Muss Strafe sein?: Positionen der Philosophie, München 2012

HOFFMANN N. D., Punktstrafe und Spielraumtheorie – Wahrheit und Vertretbarkeit im Recht, Norderstedt 2006

HOFFMANN P., Vergeltung und Generalprävention im heutigen Strafrecht, Aachen 1995

HOFFMANN-HOLLAND K., Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Tübingen 2015

HOLENSTEIN S., Emil Zürcher (1850-1926) – Leben und Werk eines bedeutenden Strafrechtlers: unter besonderer Berücksichtigung seiner Verdienste um die Entwicklung des schweizerischen Strafgesetzbuches, Diss. Zürich 1995

HÖNIG S., Die strafmildernde Wirkung des Geständnisses im Lichte der Strafzwecke, Diss. Halle, Frankfurt a.M. 2004

Höpfel F. / Eckart R. (Hrsg.), Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl., 115. Lieferung, Wien 2014 (zit. WK StGB²-BEARBEITER/-IN, § ... N ...)

HORN E.

- Wider die «doppelspurige» Strafhöhenzumessung, in: Grünwald G. / Miehe O. / Rudolphi H.-J. / Schreiber H.-L. (Hrsg.), Festschrift für Friedrich Schaffstein zum 70. Geburtstag am 28. Juli 1975, Göttingen 1975, 241 ff. (zit. HORN, in: FS Schaffstein)
- Der Stellenwert der «Stellenwerttheorie», in: Frisch W. / Schmid W. (Hrsg.), Festschrift für Hans-Jürgen Bruns zum 70. Geburtstag, Köln 1978, 165 ff. (zit. HORN, in: FS Bruns)

HÖRNLE T.

- Das antiquierte Schuldverständnis der traditionellen Strafzumessungsrechtsprechung und -lehre, JZ 1999, 1080 ff.
- Tatproportionale Strafzumessung, Diss. München, Berlin 1999
- Kriterien für die Herstellung von Tatproportionalität, in: Frisch W. / von Hirsch A. / Albrecht H.-J. (Hrsg.), Tatproportionalität. Normative und empirische Aspekte einer tatproportionalen Strafzumessung, Heidelberg 2003, 99 ff.
- Gegenwärtige Strafbegründungstheorien. Die herkömmliche deutsche Diskussion, in: von Hirsch A. / Neumann U. / Seelmann K. (Hrsg.), Strafe – Warum? Gegenwärtige Strafbegründungen im Lichte von Hegels Straftheorie, Baden-Baden 2011, 11 ff.
- Grenzen der Individualisierung von Schuldurteilen, in: Hefendehl R. / Hörnle T. / Greco L. (Hrsg.), Streitbare Strafrechtswissenschaft – Festschrift für Bernd Schünemann zum 70. Geburtstag am 1. November 2014, Berlin 2014, 93 ff. (zit. HÖRNLE, in: FS Schünemann)
- Straftheorien, 2. Aufl., Tübingen 2017

HORSTKOTTE H.

- Die Vorschriften des Ersten Gesetzes zur Reform des Strafrechts über die Strafbemessung (§§ 13-16, 60 StGB), JZ 1970, 122 ff.
- Gleichmässigkeit und Schuldangemessenheit der Strafzumessung, in: Jehle J.-M. (Hrsg.), Individualprävention und Strafzumessung – Ein Gespräch zwischen Strafjustiz und Kriminologie, Wiesbaden 1992, 151 ff.

HUG M.

- Entscheidbesprechung, Nr. 52 Bundesgericht, Urteil vom 22. November 2007, Strafrechtliche Abteilung, i.S. X. gegen Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich – 6B_131/2007, BGE 134 IV 17, forumpoenale 2008, 230 ff.
- Der Trend des Bundesgerichts zu härteren Strafen, insbesondere im Lichte von BGE 136 IV 55 zur verminderten Schuldfähigkeit, forumpoenale 2011, 361 ff.

HUG-BEELI G., Betäubungsmittelgesetz (BetmG) – Kommentar zum Bundesgesetz über die Betäubungsmittel und die psychotropen Stoffe vom 3. Oktober 1951, Basel 2016 (zit. BetmG Komm.-HUG-BEELI, Art. ... N ...)

HURTADO POZO J.

- Droit pénal – Partie générale, Genf/Zürich/Basel 2008
- Schuld, individuelle Strafzumessung und kulturelle Faktoren, in: Sieber U. (Hrsg.), Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht – Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen – Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag, Köln 2008, 359 ff. (zit. HURTADO POZO, in: FS Tiedemann)
- Droit pénal général – théorie, méthodologie de résolution de cas pratiques, tableaux synoptiques, répertoire alphabétique, 2. Aufl., Genf/Zürich/Basel 2013

HURTADO POZO J. / AGUIRRE S., Criminologie, droit pénal et contrôle social, in: Perrin B. / Meylan P. / Fiolka G. / Niggli M. A. / Riedo C. (Hrsg.), Droit pénal et criminologie – Mélanges en l'honneur de Nicolas Queloz, Basel 2020, 529 ff. (zit. HURTADO POZO / AGUIRRE, in: MH Queloz)

HUSAK D., Why Legal Philosophers (Including Retributivists) Should Be Less Resistant to Risk-Based Sentencing, in: de Keijser J. W. / Roberts J. V. / Ryberg J. (Hrsg.), Predictive Sentencing – Normative and Empirical Studies, Oxford 2019, 33 ff.

HÜSLER G. / LOCHERJ., Kurze Freiheitsstrafen und Alternativen: Analyse der Sanktionspraxis und Rückfall-Vergleichsuntersuchung, Bern 1991

- HUTH M., Zur bundesgerichtlichen Überprüfung der Durchsetzung eidgenössischen Strafrechts in den Kantonen, ZStrR 1942, 35 ff.
- IGNOR A., Geschichte des Strafprozesses in Deutschland – 1532-1846; von der Carolina Karls V. bis zu den Reformen des Vormärz, Paderborn et al. 2002
- Jagusch H. / Martin L. / von Stackelberg C. / Seydel R., (Hrsg.), Lindenmaier-Möhring: Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofes, §§ 1-50a StGB (zit. LM-BEARBEITER/-IN, § ... N ...)
- JAGUSCH H. / MEZGER E. / SCHAEFER A. / WERNER W. (Hrsg.) Strafgesetzbuch – Leipziger Kommentar, Erster Band, §§ 1-152, 8. Aufl., Berlin 1957 (zit. LK StGB I⁸-BEARBEITER/-IN, § ... N ...)
- JAKOBS G.
– Das Schuldprinzip, Opladen 1993
– Norm, Person, Gesellschaft, Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie, 3. Aufl., Berlin, 2008
- JEANNERET Y., La réforme de la réforme du droit des sanctions: la peine à la peine?, ZStrR 2015, 345 ff.
- JEHLE J.-M., Strafzumessung in England und Wales. Ein Kommentar aus deutscher Sicht, in: Ambos K. (Hrsg.), Strafzumessung – Sentencing, Göttingen 2020, 59 ff.
- JENNY G., Die strafrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 2003 (ohne Entscheide betreffend die internationale Zusammenarbeit in Strafsachen), veröffentlicht im Band 129, ZBJV 2005, 349 ff.
- JESCHECK H.-H., Deutsche und österreichische Strafrechtsreform, in: Warda G. / Waider H. / von Hippel R. / Meurer D. (Hrsg.), Festschrift für Richard Lange zum 70. Geburtstag, Berlin 1976, 365 ff. (zit. JESCHECK, in: FS Lange)
- JESCHECK H.-H. / WEIGEND T., Lehrbuch des Strafrechts – Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Berlin 1996
- JEUNG C., Die Strafzumessung in Deutschland und Korea im Vergleich, insbesondere in Bezug auf die relevanten Strafzumessungstatsachen in § 46 Abs. 2 dStGB und § 51 korStGB, Diss. Freiburg i.Br. 2004
- JOERDEN J. C., Logik im Recht – Grundlagen und Anwendungsbeispiele, 3. Aufl., Berlin/Heidelberg 2018

- JOSITSCH D., Fehlende Orientierung in den Grossbaustellen – Aktuelle Tendenzen in der strafrechtlichen und in der strafprozessrechtlichen Gesetzgebung, Jusletter vom 11. Februar 2019
- JOSITSCH D. / CONTE M., Mindeststrafen bei sexuellen Handlungen gegenüber Kindern, AJP 2017, 368 ff.
- JOSITSCH D. / EGE G. / SCHWARZENEGGER C., Strafrecht II: Strafen und Massnahmen, 9. Aufl., Zürich 2018
- JOSITSCH D. / LÖTSCHER R., Straftäter länger und besser verfolgen – Aktuelle Tendenzen in der strafrechtlichen und in der strafprozessrechtlichen Gesetzgebung, Jusletter vom 28. Februar 2022
- JOSITSCH D. / POULIKAKOS G., Neuerungen im Sanktionenrecht: von der Botschaft zur Schlussabstimmung – Wie der Berg dazu gebracht wird, eine Maus zu gebären, ZStrR 2017, 341 ff.
- JOSITSCH D. / VON ROTZ M., Revision des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuchs 2015, AJP 2016, 496 ff.
- JUNG [Vorname unbekannt], Betrachtungen zur Straffrage, JR 1931, 16 ff.
- KAENEL P., Die kriminalpolitische Konzeption von Carl Stooss im Rahmen der geschichtlichen Entwicklung von Kriminalpolitik und Straftheorien, Diss. Bern 1981
- KAISER G., Kriminologie – Eine Einführung in die Grundlagen, 10. Aufl., Heidelberg 1997
- KANT I., Die Metaphysik der Sitten (1797), abgedruckt in: Königlich Preussische Akademie der Wissenschaften (Hrsg.), Kant's gesammelte Schriften, Band VI, Berlin 1914
- KANYAR A., Wiedergutmachung und Täter-Opfer-Ausgleich im schweizerischen Strafrecht: Entwicklung eines Modells unter Berücksichtigung des deutschen und österreichischen Strafrechts, Diss. Basel 2008
- Karpenstein U. / Mayer F. (Hrsg.), EMRK – Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten – Kommentar, 3. Aufl., Basel 2022 (zit. Komm. EMRK³-BEARBEITER/-IN, Art. ... N ...)
- KASPAR J.
– Wiedergutmachung und Mediation im Strafrecht: rechtliche Grundlagen und Ergebnisse eines Modellprojekts zur anwaltlichen Schlichtung, Diss. München, Münster 2004

- Sentencing Guidelines versus freies tatrichterliches Ermessen – Brauchen wir ein neues Strafzumessungsrecht?, Gutachten C zum 72 Deutschen Juristentag, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Verhandlungen des 72. Deutschen Juristentages, Leipzig 2018, Band I, Teil C (zit. KASPAR, in: Juristentag)

KAUFMANN A.

- Das Schuldprinzip: Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung, 2. Aufl., Heidelberg 1976
- Schuldprinzip und Verhältnismässigkeitsgrundsatz, in: von Warda G. / Waider H. / von Hippel R. / Meurer D. (Hrsg.), Festschrift für Richard Lange zum 70. Geburtstag, Berlin 1976, 27 ff. (zit. KAUFMANN, in: FS Lange)

KAUFMANN F., Die philosophischen Grundprobleme der Lehre von der Strafrechtsschuld, Leipzig/Wien 1929

KIENER H., Den Tarif durchgeben? Die zahlenmässige Gewichtung von Strafzumessungsfaktoren als Mittel zur Herstellung von Vergleichbarkeit und Transparenz, dargestellt anhand ausgewählter Delikte mittlerer und schwerer Kriminalität, ZStrR 2007, 351 ff.

KILLIAS M.

- De la difficulté de quantifier la fixation de la peine, in: Schmid N. / Killias M. (Hrsg.), Le droit pénal et ses liens avec les autres branches du droit – Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Gauthier, ZStrR 1996, 33 ff.
- Korrektur einer verunglückten Gesetzgebung: Zur erneuten Revision des AT-StGB, ZSR 2011 I, 627 ff.
- «Wissenschaftliche» Strafzumessung?, ZStrR 2018 (Sonderheft), 77 ff.
- «Nicht die Schwere, nur die Wahrscheinlichkeit der Strafe schreckt ab...» – Eine kurze Notiz zu einer alten Behauptung, ContraLegem 2019/2, 301 ff.

KILLIAS M. / AEBI M. F. / KUHN A., Précis de criminologie, 4. Aufl., Bern 2019

KILLIAS M. / KUHN A. / AEBI M. F., Grundriss der Kriminologie – Eine europäische Perspektive, 2. Aufl., Bern 2011

KILLIAS M. / KUHN A. / DONGOIS N., Précis de droit pénal général, 4. Aufl., Bern 2016

KILLIAS M. / KUHN A. / RÔNEZ S., Sentencing in Switzerland, in: Tonry M. / Hatlestad K. (Hrsg.), Sentencing reform in overcrowded times – a comparative perspective, New York 1997, 203 ff.

KILLIAS M. / MARKWALDER N. / KUHN A. / DONGOIS N., Grundriss des Allgemeinen Teils des schweizerischen Strafgesetzbuchs, 2. Aufl., Bern 2017 (zit. KILLIAS et al.²)

Kindhäuser U. / Neumann U. / Paeffgen H.-U. (Hrsg.), Nomos-Kommentar Strafgesetzbuch, Band 1, Allgemeiner Teil, §§ 1-79b, 5. Aufl., Baden-Baden 2017 (zit. NK StGB I⁵-BEARBEITER/-IN, § ... N ...)

KLEY A., Verfassungsgeschichte der Neuzeit – Grossbritannien, die USA, Frankreich, Deutschland und die Schweiz, 3. Aufl., Bern 2013

KLING M.-U.

- Die Känguru-Apokryphen, 5. Aufl., Berlin 2018
- Das Känguru-Manifest – Der Känguru-Chroniken zweiter Teil, 20. Aufl., Berlin 2019

KÖBERER W., Iudex non calculat – Über die Unmöglichkeit, Strafzumessung sozialwissenschaftlich-mathematisch zu rationalisieren, Diss. Frankfurt a.M. 1996

KOCH A., Die Entwicklung des Strafrechts zwischen 1751 und 1813, in: Koch A. / Kubiciel M. / Löhnig M. / Pawlik M. (Hrsg.), Feuerbachs Bayerisches Strafgesetzbuch – Die Geburt liberalen, modernen und rationalen Strafrechts, Tübingen 2014, 39 ff.

KOCH S., Aspirationsprinzip und retrospektive Konkurrenz, Diss. Zürich 2013

KOFFKA E., Welche Strafzumessungsregeln ergeben sich aus dem StGB?, JR 1955, 322 ff.

KÖHLER A., Die Grenzlinien zwischen Idealkonkurrenz und Gesetzeskonkurrenz, Habil. München 1900

KÖHLER M.

- Über den Zusammenhang von Strafrechtsbegründung und Strafzumessung: erörtert am Problem der Generalprävention, Heidelberg 1983
- Strafrecht – Allgemeiner Teil, Berlin/Heidelberg/New York, 1997

KOHLSCHÜTTER H.

- Die mathematische Modellierung der Strafzumessung – Das Strafwertkalkül als Idee zur Evolution der Strafrechtstheorie?, Marburg 1998
- Die Obsoleszenz der Spielraumtheorie qua Unwert-Strafwert-Interdependenz – «Strafzurechnung» anstatt «Strafzumessung»? , Aachen 2002

KRAMER E. A., *Juristische Methodenlehre*, 6. Aufl., Bern 2019

KREY V. / ESSER R., *Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4. Aufl., Stuttgart 2011

KROESCHELL K. / CORDES A. / NEHLSSEN-VON STRYK K., *Deutsche Rechtsgeschichte*, Band 2: 1250-1650, 9. Aufl., Köln/Weimar/Wien 2008

KRÜMPELMANN J., *Die Neugestaltung der Vorschriften über die Schuldfähigkeit durch das Zweite Strafrechtsreformgesetz vom 4. Juli 1969*, ZStW 1976, 6 ff.

KUDLICH H., BGH, 19.12.2018 – 2 StR 477/17: *Strafzumessung bei minder schwerem Fall des besonders schweren Raubes*, NStZ 2019, 264 f.

KUHN A.

- *La fixation de la peine*, RJJ 2006, 237 ff.
- *L'opinion publique réclame-t-elle des peines plus sévères que celles prononcées par les juges?*, in: Heer M. (Hrsg.), *Der Richter und sein Bild: Le Juge et son image*, Bern 2008, 267 ff.
- *La juste peine selon la population et selon les juges – Résultats d'une triple étude empirique*, in: Kuhn A. / Schwarzenegger C. / Vuille J. (Hrsg.), *Strafverfolgung – Individuum – Öffentlichkeit: Im Spannungsfeld der Wahrnehmungen*, Schweizerische Arbeitsgruppe für Kriminologie, Band 35, Bern 2018, 47 ff.

KUHN A. / VUILLE J., *La justice pénale: les sanctions selon les juges et selon l'opinion publique*, Lausanne 2010

KUNST G.

- *Strafbemessung, Tatschuld und Spezialprävention*, ÖJZ 1977, 481 ff.
- *Fragen der Strafbemessung in der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes*, RZ 1978, 117 ff.

KUNZ K.-L.

- *Vorleben und Nachtatverhalten als Strafzumessungstatsachen*, in: Frisch W. (Hrsg.), *Grundlagen des Strafzumessungsrechts aus deutscher und japanischer Sicht*, Tübingen 2011, 135 ff.
- *Strafrechtliche Sanktionen in der Schweiz: Gesetz und Vollzug*, ZStW 2019, 540 ff.

LACKNER K., *Über neue Entwicklungen in der Strafzumessungslehre und ihre Bedeutung für die richterliche Praxis*, Heidelberg/Karlsruhe 1978

- LAGLER M., Besondere Verfahrensarten: Überlastung der Strafjustiz oder Ausdruck erhöhter Punitivität?, Diss. Zürich 2016
- LAMMASCH H., Der Entwurf eines schweizerischen Strafgesetzbuchs, ZStrR 1895, 121 ff.
- LAMPE E.-J., Bedingungen richtiger Strafbemessung, in: Hauser R. (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Peter Noll, Zürich 1984, 231 ff. (zit. LAMPE, in: GS Noll)
- Laufhütte H. W. / Rissing-van Saan R. / Tiedemann K. (Hrsg.), Strafgesetzbuch – Leipziger Kommentar, Zweiter Band, §§ 32 bis 55, 12. Aufl., Berlin 2006 (zit. LK StGB II¹²-BEARBEITER/-IN, § ... N ...)
- LEGNARO A. / AENGENHEISTER A., Schuld und Strafe – Das soziale Geschlecht von Angeklagten und die Aburteilung von Tötungsdelikten, Pfaffenweiler 1999
- LENARCIC M., Das Strafrecht des Kantons Aargau von 1803 bis 1868 mit Schwerpunkt auf dem Kanton-Aargauischen Gesetzbuch über Kriminalverbrechen vom 19. Christmonat 1804, Diss. Zürich 2011
- LEUKAUF O. / STEININGER H. (Begründer), StGB – Strafgesetzbuch Kommentar, 4. Aufl., Wien 2017 (zit. Leukauf/Steininger⁴-BEARBEITER/-IN, Art. ... N ...)
- LINIGER M., Le contrôle de la fixation de la peine dans la jurisprudence récente du tribunal fédéral, SJ 1996, 565 ff.
- LOGOZ P. / SANDOZ Y., Commentaire du Code pénal suisse – partie générale: Art. 1-110, 2. Aufl., Neuchâtel 1976
- LOMBROSO C., L'uomo delinquente studiato in rapporto alla antropologia, alla medicina legale, ed alle discipline carcerarie, Mailand 1876
- LÜDERSEN K., Die generalpräventive Funktion des Deliktssystems, in: Hassemer W. / Lüderssen K. / Naucke W. (Hrsg.), Hauptprobleme der Generalprävention, Frankfurt a.M. 1979, 54 ff.
- LUDWIG C., Die Freiheit des Richters in der Bestimmung der Strafe, ZStrR 1959, 199 ff.
- LUMINATI M., «dann wird's flott werden» – Zur Entstehung der schweizerischen Strafrechtswissenschaft im späten 19. Jahrhundert, in: Ackermann J.-B. (Hrsg.), Strafrecht als Herausforderung – Analysen und Perspektiven von Assistierenden des Rechtswissenschaftlichen Instituts der Universität Zürich – Zur Emeritierung von Professor Niklaus Schmid, Zürich 1999, 45 ff.

- LUSTENBERGER M., Die Strafzumessungslösung bei der verdeckten Ermittlung, Jusletter vom 16. Januar 2023
- MAEDER S., Schafft der Gesetzgeber das Strafrecht ab – und ist das etwas Schlechtes?, recht 2019, 12 ff.
- MAHEIM R., La fixation de la peine, in: Kuhn A. / Moreillon L. / Viredaz B. / Bichovsky A. (Hrsg.), La nouvelle partie générale du Code pénal suisse, Bern 2006, 233 ff.
- MAIHOLD H., Peinliche Strafen, in: Cordes A. / Lück H. / Werkmüller D. / Bertelsmeier-Kierst C. (Hrsg.), Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Band IV, 2. Aufl., 26. Lieferung, Berlin 2017, Sp. 462-466
- MALECZKY O., Strafrecht Allgemeiner Teil II, 19. Aufl., Wien 2017
- MANHART T., Bedingte und teilbedingte Strafen sowie kurze unbedingte Freiheitsstrafen, in: Tag B. / Hauri M. (Hrsg.), Die Revision des Strafgesetzbuchs Allgemeine Teil, Zürich 2006, 119 ff.
- MASLEN H., Remorse, Penal Theory and Sentencing, Oxford 2015
- MATHYS H.
- Zur Technik der Strafzumessung, SJZ 2004, 173 ff.
 - Leitfaden Strafzumessung, Basel 2016
 - Leitfaden Strafzumessung, 2. Aufl., Basel 2019
- Matt H. / Renzikowski J. (Hrsg.), Strafgesetzbuch – Kommentar, 2. Auflage, München 2020 (zit. Matt/Renzikowski²-BEARBEITER/-IN, Art. ... N ...)
- MATTIL [Vorname unbekannt], Die Strafzumessung im Lichte der Rechtsprechung, BayZRPfl 1927, 133 ff.
- MAURACH R.
- Die kriminalpolitischen Aufgaben der Strafrechtsreform: Gutachten für den 43. Deutschen Juristentag, Tübingen 1960
 - Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil: ein Lehrbuch, 4. Aufl., Karlsruhe 1971
- MAURER G., Die Strafzumessung im schweizerischen Strafgesetzbuch, Diss. Zürich 1945
- MAURER M., Komparative Strafzumessung – Ein Beitrag zur Fortentwicklung des Sanktionenrechts, Diss. Freiburg i.Br., Berlin 2005
- MAURER T., Die neuen Strafen, ZStrR 1994, 388 ff.

- MCFATTER R. M., Ungleichheit in der Strafzumessung und Zweck der Strafe, in: Pfeiffer C./Oswald M. (Hrsg.), Strafzumessung – Empirische Forschung und Strafrechtsdogmatik im Dialog, Stuttgart 1989, 183 ff.
- MEDIGOVIC U./REINDL-KRAUSKOPF S./LUEF-KÖLBL H., Strafrecht – Allgemeiner Teil II, 2. Aufl., Wien/Graz 2016
- MEIER A., Die Geltung der Peinlichen Gerichtsordnung Kaiser Karls V. im Gebiete der heutigen Schweiz, Diss. Bern 1911
- MEIER B.-D.
- Nachtatverhalten und Strafzumessung, GA 2015, 443 ff.
 - Strafrechtliche Sanktionen, 5. Aufl., Berlin 2019
- METZGER K., Die Verbrechen und ihre Straffolgen im Basler Recht des späteren Mittelalters – I. Teil, Die Verbrechen und ihre Straffolgen im allgemeinen, Basel 1931
- MEYER F., Neues zu den Rechtsfolgen unzulässiger Tatprovokation, forum-poenale 2015, 176 ff.
- Meyer-Ladewig J./Nettesheim M./von Raumer S. (Hrsg.). EMRK Europäische Menschenrechtskonvention – Handkommentar, 4. Aufl., Baden-Baden/Wien/Basel 2017 (zit. HK EMRK⁴-BEARBEITER/-IN, Art. ... N ...)
- MEYER VON SCHAUENSEE P.
- Strafzumessung und Strafmilderung nach dem Vorentwurfe zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch, ZStrR 1894, 129 ff.
 - Zur Geschichte und Kritik des Stooss'schen Entwurfes für ein Schweizerisches Strafgesetz, Luzern 1897
- MEYLAN P., La capacité pénale – Le concept de Carl Stooss (1893) et sa continuité dans le Code pénal suisse, Diss. Freiburg i.Ue., Basel 2019
- MEZGER E., Strafzumessung im Entwurf, ZStW 1931, 855 ff.
- MITTEIS H./LIEBERICH H., Deutsche Rechtsgeschichte – Ein Studienbuch, 19. Aufl., München 1992
- MONA M., Strafrechtliche Grundlagen der Vereinheitlichung des schweizerischen Strafrechts unter Carl Stooss: Die Wurzeln des Präventionismus, ZNR 2013, 21 ff.
- MONTENBRUCK A.
- Strafraumen und Strafzumessung, Habil. Kiel, Berlin 1983
 - Deutsche Straftheorie I-IV – Lehrbuch in vier Teilen, 4. Aufl., Berlin 2020

MONTESQUIEU (Baron de) C. D. S., *De L'esprit des Loix*, Genf 1748

MOOS R., Positive Generalprävention und Vergeltung, in: Melnizky W. / Müller O. F., (Hrsg.), *Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminologie – Festschrift für Franz Pallin zum 80. Geburtstag*, Wien 1989, 283 ff. (zit. MOOS, in: FS Pallin)

MOPPERT A., Die Strafzumessung bei Delikten im Strassenverkehr, *ZStrR* 1964, 402 ff.

Moreillon L. / Macaluso A. / Queloz N. / Dongois N. (Hrsg.), *Code pénal*, Art. 1-110 CP, 2. Aufl., Basel 2021 (zit. CR CP I²-BEARBEITER/-IN, Art. ... N ...)

MÜLLER-DIETZ H., Strafzumessung und Folgenorientierung, in: Seebode M. (Hrsg.), *Festschrift für Günter Spendel zum 70. Geburtstag am 11. Juli 1992*, Berlin 1992, 413 ff. (zit. MÜLLER-DIETZ, in: FS Spendel)

MÜLLER K., Die philosophische Grundlage des Vorentwurfs zu einem schweizerischen Strafrecht, *Schweizerische Rundschau* 1901, 169 ff.

MURMANN U., Strafzumessung und Strafverfahren, in: Freund G. / Murmann U. / Bloy R. / Perron W. (Hrsg.), *Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems – Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag*, Berlin 2013, 1133 ff. (zit. MURMANN, in: FS Frisch)

NAGIN D. S. / CULLEN F. T. / JONSON C. L., *Imprisonment and Reoffending, Crime and Justice* 2009, 115 ff.

NAGLER J., Die Strafzumessung nach dem Amtlichen Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches, *GS* 1927, 83 ff.

NAY G., Neue Entwicklungen in der Rechtsprechung des Kassationshofes des Bundesgerichts, *ZStrR* 1994, 170 ff.

NEUBACHER F., *Kriminologie*, 3. Aufl., Baden-Baden 2017

NEUMANN U.

- Zur Bedeutung von Modellen in der Dogmatik des Strafzumessungsrechts: («Punktstrafe», «Spielraumtheorie», «Normalfall»), in: Seebode M. (Hrsg.), *Festschrift für Günter Spendel zum 70. Geburtstag am 11. Juli 1992*, Berlin 1992, 435 ff. (zit. NEUMANN, in: FS Spendel)
- Aufgabe des Strafrechts und Strafbegründung, in: Kindhäuser U. / Kress C. / Pawlik M. / Stuckenberg C.-F. (Hrsg.), *Strafrecht und Gesellschaft – Ein kritischer Kommentar zum Werk von Günther Jakobs*, Tübingen 2019, 257 ff.

NICKISCH H.-P., Die Strafzumessung im deutschen und italienischen Recht, Diss. Berlin 1958

NIETZSCHE F., Menschliches, Allzumenschliches II – Aus dem Nachlass 1874-1878, Leipzig 1922

NIGGLI M. A.

- (A) Bundesgericht, Kassationshof, 30.8.1993, Staatsanwaltschaft des Kantons Aargau c. A. (6S.423/1993); Nichtigkeitsbeschwerde, AJP 1994, 1051 ff.
- Es geht nur um Gerechtigkeit, Justizvollzug heute – Sonderheft vom 14. März 2019, 18 ff.

Niggli M. A. / Heer M. / Wiprächtiger H. (Hrsg.), Basler Kommentar Strafprozessordnung/Jugendstrafprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2014 (zit. BSK StPO²-BEARBEITER/-IN, Art. ... N...)

NIGGLI M. A. / MAEDER S.

- Strafjustiz in der Mediengesellschaft: die sogenannte «Harmonisierungs-Novelle», Richterbild, Strafmasse und das richterliche Ermessen, in: Heer M. / Heimgartner S. / Niggli M. A. / Thommen M. (Hrsg.), «Toujours agité – jamais abattu» – Festschrift für Hans Wiprächtiger, Basel 2011, 411 ff. (zit. NIGGLI, in: FS Wiprächtiger)
- Was schützt eigentlich Strafrecht (und schützt es überhaupt etwas)?, AJP 2011, 443 ff.
- Die funktionale Stellung der Schuld in absoluten und relativen Straftheorien, in: Queloz N. / Niggli M. A. / Riedo C. (Hrsg.), Droit pénal et diversités culturelles – Mélanges en l'honneur de José Hurtado Pozo, Genf/Zürich/Basel 2012, 297 ff. (zit. NIGGLI/MAEDER, in: MH Hurtado Pozo)

Niggli M. A. / Probst T. / Waldmann B. (Hrsg.), Strassenverkehrsgesetz, Basler Kommentar, Basel 2014 (zit. BSK SVG-BEARBEITER/-IN, Art. ... N...)

Niggli M. A. / Uebersax P. / Wiprächtiger H. / Kneubühler L. (Hrsg.), Bundesgerichtsgesetz – BGG, Basler Kommentar, 3. Aufl., Basel 2018 (zit. BSK BGG³-BEARBEITER/-IN, Art. ... N...)

Niggli M. A. / Wiprächtiger H. (Hrsg.)

- Basler Kommentar, Strafrecht I, Art. 1-136 StGB, 4. Aufl., Basel 2019 (zit. BSK StGB I⁴-BEARBEITER/-IN, Art. ... N...)
- (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht II, Art. 137-392 StGB, Jugendstrafgesetz, 4. Aufl., Basel 2019 (zit. BSK StGB II⁴-BEARBEITER/-IN, Art. ... N...)

NOLL P., Die ethische Begründung der Strafe, Tübingen 1962

NOLL T.

- Strafrecht und Verantwortung: Ist der Mensch willensfrei?, NZZ vom 22. Oktober 2016, 12
- Die Schuldfähigkeit aus psychiatrisch-psychologischer Sicht, ZStrR 2017, 61 ff.

OBERHOLZER N.

- Wert und Bedeutung des gerichtlichen Ermessens in Zeiten der Verschärfungen des Strafrechts, in: Riklin F. (Hrsg.), Strafen ohne Augenmass – Strafrecht im Spannungsfeld zwischen Einzelfallwürdigung, Opferschutz und Nulltoleranz, Bern 2016, 25 ff.
- Renaissance des Strafrechts? – Oder die neue Lust am Strafen, ZStrR 2018 (Sonderheft), 85 ff.

OSENBRÜGGEN E., Das Strafrecht der Langobarden, Aalen 1968

PAHUD DE MORTANGES R., Schweizerische Rechtsgeschichte, 2. Aufl., Zürich/ St. Gallen 2017

PALLIN F., Die Strafzumessung in rechtlicher Sicht – mit einer tabellarischen auszugsweisen Kriminalstatistik 1976–1978, Wien 1982

PAREIN L., La fixation de la peine: de l’homme coupable à l’homme capable, Diss. Lausanne, Basel 2010

PAWLIK M., Kritik der präventionstheoretischen Strafbegründungen, in: Rogall K. / Puppe I. / Stein U. / Wolter J. (Hrsg.), Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag, Neuwied 2004, 213 ff. (zit. PAWLIK, in: FS Rudolphi)

PETERS K., Strafzumessung, in: Sieverts R. / Schneider H. J. (Hrsg.), Handwörterbuch der Kriminologie, Band 4 – Ergänzungsband, Berlin 1979, 132 ff.

PETRZILKA W., Zürcher Erläuterungen zum Schweizerischen Strafgesetzbuch, Band I, Winterthur 1942

PFENNINGER H. F.

- Das Strafrecht der Schweiz, Berlin 1890
- Die Reform des schweizerischen Militärstrafrechts, ASMZ 1926, 381 ff.
- Die Freiheit des Richters bei der Strafzumessung, SJZ 1934, 193 ff., 209 ff.

PFLAUM S. / WENT F., Urteilsbesprechung, Nr. 25 Bundesgericht, Strafrechtliche Abteilung, Urteil vom 19. Juli 2013 i.S. X. gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Schaffhausen – 6B_344/2013, forumpoenale 2014, 139 ff.

PIETH M.

- Die Wiederentdeckung des Punitivismus, ZStrR 2014, 264 ff.
- Strafrechtsgeschichte, 2. Aufl., Basel 2020

PIGNAT C., La fixation de la peine avant et après la révision de 2002, in: Kuhn A. / Moreillon L. / Viredaz B. / Willi-Jayet A. (Hrsg.), Droit des sanctions: de l'ancien au nouveau droit, Bern 2004, 11 ff.

PIGNAT C. / KUHN A., Les nouvelles règles de la fixation de la peine: une révolution de velours, ZStrR 2004, 251 ff.

PIQUEREZ G., La motivation des décisions de justice en droit pénal, in: Donatsch A. / Schmid N. (Hrsg.), Strafrecht und Öffentlichkeit – Festschrift für Jörg Rehberg zum 65. Geburtstag, Zürich 1996, 251 ff. (zit. PIQUEREZ, in: FS Rehberg)

PLATON, Protagoras, in: Hofmann H. (Bearbeiter)/Schleiermacher F. (Übersetzer), Ion – Hippias II – Protagoras – Laches – Charmides – Euthyphron – Lysis – Hippias I – Alkibiades I, Werke in acht Bänden, Griechisch und Deutsch, Band I, 2. Aufl., Darmstadt 1990, 83 ff.

QUELOZ N.

- Commentaire de la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de fixation et de motivation de la peine, ZStrR 1998, 136 ff.
- La révision du droit des sanctions pénales: changements et enjeux, AJP 2018, 142 ff.

RADBRUCH G.

- *Elegantiae juris criminalis* – Vierzehn Studien zur Geschichte des Strafrechts, 2. Aufl., Basel 1950
- Paul Johann Anselm Feuerbach – Ein Juristenleben erzählt von Gustav Radbruch, 2. Aufl., Göttingen 1957
- Lieb der Gerechtigkeit und Gemeiner Nutz. Eine Formel von Johann von Schwarzenberg, in: Kaufmann A. (Hrsg.), Gustav Radbruch – Gesamtausgabe, Band 11, Strafrechtsgeschichte, Heidelberg 2001, 379 ff.

REHBERG J., Strafrecht II: Strafen und Massnahmen, Zürich, 6. Aufl. 1994

REICHERT C., Intersubjektivität durch Strafzumessungsrichtlinien – Eine Untersuchung mit Bezug auf die «sentencing guidelines» in den USA, Diss. Augsburg, Berlin 1999

REITZ K. R., The Enforceability of Sentencing Guidelines, Stanford Law Review 2005, 155 ff.

RIEDO C., Urteilsbesprechung, Entscheid des Kassationshofes des Bundesgerichts vom 30.6.2003 in Sachen X. c. Ministère public du canton de Vaud, 6S.151/2003, AJP 2003, 1480 ff.

RIKLIN F.

- Rückfall und Bewährung im schweizerischen Strafrecht, ZStrR 1985, 262 ff.
- Strafen und Massnahmen im Überblick, in: Tag B. / Hauri M. (Hrsg.), Die Revision des Strafgesetzbuchs Allgemeiner Teil, Zürich 2006, 73 ff.
- Zur geplanten Sanktionenreform: Rechtsstaatlich problematisch, faktenblind, teuer und ohne präventiven Effekt, in: Heer M. / Heimgartner S. / Niggli M. A. / Thommen M. (Hrsg.), «Toujours agité – jamais abattu» – Festschrift für Hans Wiprächtiger, Basel 2011, 29 ff. (zit. RIKLIN, in: FS Wiprächtiger)
- Die Reformen des Sanktionenrechts, ZStrR 2014, 246 ff.

RITTLER T., Freiheit und Gebundenheit des Richters nach dem Schweizer Strafgesetzentwurf, ZStrR 1932, 39 ff.

ROBERTS J. V. / PADFIELD N., Sentencing in England and Wales, in: Ambos K. (Hrsg.), Strafzumessung – Sentencing, Göttingen 2020, 71 ff.

ROTH R., Nouveau droit des sanctions: premier examen de quelques points sensibles, ZStrR 2003, 1 ff.

ROXIN C.

- Sinn und Grenzen staatlicher Strafe, JuS 1966, 377 ff.
- Strafzumessung im Lichte der Strafzwecke, in: Walder H. / Trechsel S. (Hrsg.), Lebendiges Strafrecht: Festgabe zum 65. Geburtstag von Hans Schultz, Bern 1977, 463 ff. (zit. ROXIN, in: FG Schultz)
- Prävention und Strafzumessung, in: Frisch W. / Schmid W. (Hrsg.), Festschrift für Hans-Jürgen Bruns zum 70. Geburtstag, Köln 1978, 183 ff. (zit. ROXIN, in: FS Bruns)
- Zur Problematik des Schuldstrafrechts, ZStW 1984, 641 ff.
- Was bleibt von der Schuld im Strafrecht übrig? ZStrR 1987, 356 ff.
- Das Schuldprinzip im Wandel, in: Haft F. / Hassemer W. / Neumann U. / Schild W. / Schroth U. (Hrsg.), Strafgerechtigkeit – Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag, Heidelberg 1993, 519 ff. (zit. ROXIN, in: FS Kaufmann)
- Wandlungen der Strafzwecklehre, in: Britz G. / Jung H. / Koriath H. / Müller E. (Hrsg.), Grundfragen staatlichen Strafens – Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag, München 2001, 701 ff. (zit. ROXIN, in: FS Müller-Dietz)

- Prävention, Tadel und Verantwortung – Zur neuesten Strafzweckdiskussion, GA 2015, 185 ff.

ROXIN C. / GRECO L., Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen – Der Aufbau der Verbrechenslehre, 5. Aufl., München 2020

RÜPING H. / JEROUSCHEK G., Grundriss der Strafrechtsgeschichte, 6. Aufl., München 2011

RÜTHERS B. / FISCHER C. / BIRK A., Rechtstheorie und Juristische Methodenlehre, 12. Aufl., München 2022

Satzger H. / Schluckebier W. / Widmaier G. (Hrsg.), StGB – Strafgesetzbuch Kommentar, 5. Aufl., Hürth 2021 (zit. SSW StGB⁵-BEARBEITER/-IN, § ... N ...)

SAUER W.

- Allgemeine Strafrechtslehre – Eine lehrbuchmässige Darstellung, 3. Aufl., Berlin 1955
- Probleme der richterlichen Strafzumessung, GA 1957, 129 ff.

SCHÄFER G., Zur Individualisierung der Strafzumessung, in: Jescheck H.-H. / Vogler T. (Hrsg.), Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag am 24. August 1989, Berlin/New York 1989, 395 ff. (zit. SCHÄFER, in: FS Tröndle)

SCHÄFER G. / SANDER G. M. / VAN GEMMEREN G., Praxis der Strafzumessung, 6. Aufl., München 2017

SCHAFFSTEIN F., Spielraum-Theorie, Schuldbegriff und Strafzumessung nach den Strafrechtsreformgesetzen, in: Lackner K. (Hrsg.), Festschrift für Wilhelm Gallas, Berlin/New York 1973, 99 ff. (zit. SCHAFFSTEIN, in: FS Gallas)

SCHALL H. / SCHIRRMACHER G., Doppelverwertungsverbot und Bewertungsrichtung in der Systematik des richterlichen Strafzumessungsaktes, Jura 1992, 514 ff., 624 ff.

SCHENKER F., Die Problematik der Verschuldensklausel bei der Anordnung einer teilbedingten Freiheitsstrafe – im geltenden Recht und im Hinblick auf erneute StGB-Revisionen, ZStrR 2012, 229 ff.

SCHERTENLEIB F., Die Strafzumessung im schweizerischen Strafgesetzbuch, Diss. Bern 1949

SCHILD W.

- Alte Gerichtsbarkeit – Vom Gottesurteil bis zum Beginn der modernen

- Rechtsprechung, München 1980
- Folter, Pranger, Scheiterhaufen – Rechtsprechung im Mittelalter, München 2010
- SCHLEUTKER F., Das Prozessuale Verhalten des Angeklagten als Strafzumessungsgrund, Diss. München 1961
- SCHLOSSER H., Neuere Europäische Rechtsgeschichte: Privat- und Strafrecht vom Mittelalter bis zur Moderne, 3. Aufl., München 2017
- SCHMID N., Die Strafrechtsbeschwerde nach dem Bundesgesetz über das Bundesgericht – eine erste Auslegeordnung, ZStrR 2006, 160 ff.
- SCHMID N. / JOSITSCH D., Schweizerische Strafprozessordnung – Praxiskommentar, 3. Aufl., Zürich 2018
- SCHMID W., Die richterliche Strafzumessung bei Verkehrsübertretungen – unter besonderer Berücksichtigung des schweizerischen, österreichischen und deutschen Rechts, Diss. Zürich 1969
- SCHMIDHÄUSER E.
- Vom Sinn der Strafe, 2. Aufl., Göttingen 1971
 - Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Tübingen 1975
- SCHMIDT E.
- Zur Theorie des unbestimmten Strafurteils, ZStrR 1931, 200 ff.
 - Probleme staatlichen Strafens in der Gegenwart, SJZ (Süddeutsche Juristenzeitung) 1946, 204 ff.
 - Die geistesgeschichtliche Bedeutung der Aufklärung für die Entwicklung der Strafjustiz aus der Sicht des 20. Jahrhunderts, ZStrR 1958, 341 ff.
- SCHNEIDER P., Strafzumessung: Glatteis für Straftäter, Diss. Zürich 1979
- SCHNELLE K., Die Funktion generalpräventiver Gesichtspunkte bei der Strafzumessung, Diss. Göttingen 1977
- SCHÖCH H.
- Empirische Grundlagen der Generalprävention, in: Vogler T. / Herrmann J. / Krümpelmann J. / Moos R. / Triffterer O. / Leibinger R. / Schaffmeister D. / Meyer J. / Hüne P. (Hrsg.), Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag, Band 2, Berlin 1985, 1081 ff. (zit. SCHÖCH, in: FS Jescheck)
 - Massstäbe für Straftat und Strafhöhe in der Bundesrepublik Deutschland, in: Frisch W. (Hrsg.), Grundlagen des Strafzumessungsrechts aus deutscher und japanischer Sicht, Tübingen 2011, 163 ff.

SCHÖNEBORN C.

- Die regulative Funktion des Schuldprinzips bei der Strafzumessung, GA 1975, 272 ff.
- Grenzen einer generalpräventiven Rekonstruktion des strafrechtlichen Schuldprinzips, ZStW 1980, 682 ff.

Schönke A. / Schröder H. / Eser A. (Hrsg.), Strafgesetzbuch: Kommentar, 30. Aufl., München 2019 (zit. S/S³⁰-BEARBEITER/-IN, § ... N ...)

SCHOTT T., Gesetzliche Strafraumen und ihre tatrichterliche Handhabung: eine empirische Untersuchung zu Gesetzssystematik und Rechtstat-sächlichkeit bei ausgewählten Deliktsbereichen, Diss. Hamburg, Baden-Baden 2004

SCHREIBER H.-L., Gesetz und Richter – zur geschichtlichen Entwicklung des Satzes nullum crimen, nulla poena sine lege, Habil. Bonn, Frankfurt a.M. 1976

SCHUBARTH M.

- Kommentar zum schweizerischen Strafrecht – Schweizerisches Strafgesetzbuch, Besonderer Teil, Band I, Delikte gegen Leib und Leben, Art. 111-136 StGB, Bern 1982
- Qualifizierter Tatbestand und Strafzumessung in der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichts, BJM 1992, 57 ff.

SCHULTZ H.

- Kriminologische und strafrechtliche Bemerkungen zur Beziehung zwischen Täter und Opfer, ZStrR 1956, 171 ff.
- Kriminalpolitische Bemerkungen zum Entwurf eines Strafgesetzbuches, E 1962, JZ 1966, 113 ff.
- Die Strafrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1975, ZBJV 1976, 401 ff.
- Einführung in den allgemeinen Teil des Strafrechts, Band 1, 4. Aufl., Bern 1982
- Einführung in den allgemeinen Teil des Strafrechts, Band 2, 4. Aufl., Bern 1982
- Die Strafrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1990, ZBJV 1992, 1 ff.
- Die Strafrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1992, ZBJV 1993, 602 ff.

SCHUMANN K., Der Handel mit Gerechtigkeit – Funktionsprobleme der Strafjustiz und ihre Lösungen, am Beispiel des amerikanischen plea bargaining, Frankfurt a.M. 1977

SCHWACKE P., Juristische Methodik – mit Technik der Fallbearbeitung, 4. Aufl., Stuttgart 2003

SCHWAIGHOFER K., Urteilsbesprechung von OGH, Urteil 15 Os 75/15s vom 22. Juli 2015, JBl 2016, 60 ff.

SCHWANDER V.

- Das Schweizerische Strafgesetzbuch – unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Praxis, Zürich 1952
- Das Schweizerische Strafgesetzbuch – unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Praxis, 2. Aufl., Zürich 1964
- Der Rückfall, ZStrR 1964, 345 ff.

SCHWARZENEGGER C. / HUG M. / JOSITSCH D., Strafrecht II – Strafen und Massnahmen, 8. Aufl., Zürich 2007

SEDDIG D. / HIRTENLEHNER H. / REINECKE J., Beeinflussen Sanktionsrisikoeinschätzungen das delinquente Handeln junger Menschen oder ist es umgekehrt? Befunde einer deutschen Längsschnittuntersuchung, KZfSS 2017, 259 ff.

SEEBALD R., Das missverstandene Doppelverwertungsverbot und seine Grenzen, GA 1975, 230 ff.

SEELMANN K.

- Zum Verhältnis von Strafzwecken und Sanktionen in der Strafrechtsliteratur der Aufklärung, ZStW 1989, 335 ff.
- Anerkennungsverlust und Selbstsubsumtion: Hegels Straftheorien, Freiburg i.Br. 1995
- Hegels Straftheorien, in: von Hirsch A. / Neumann U. / Seelmann K. (Hrsg.), Strafe – Warum? Gegenwärtige Strafbegründungen im Lichte von Hegels Straftheorie, Baden-Baden 2011, 79 ff.

SEELMANN M.

- Präventive Strafverfolgung – ein notwendiges Oxymoron?, in: Coninx A. / Ege G. / Mausbach J. (Hrsg.), Prävention und freiheitliche Rechtsordnung, APARIUZ, Band 18, Zürich / St. Gallen 2017, 107 ff.
- Strafzumessung und Doppelverwertungsverbot, Urteil des Bundesgerichts 6B_708/2017 vom 13. November 2017, ex/ante 1/2018, 46 ff.

SEELMANN M. / WIPRÄCHTIGER H.

- Ausgekuschelt!?, AJP 2018, 734 ff.
- Gegen den Drang zu härteren Strafen, NZZ vom 9. Juni 2018, 12 ff.

SEILER S., Strafrecht – Allgemeiner Teil II – Strafen und Massnahmen, 8. Aufl., Wien 2017

SENN M., Rechtsgeschichte – ein kulturhistorischer Grundriss, 4. Aufl., Zürich 2007

SERWE L.-H., Richter ohne Robe: Laien im Strafrecht, Köln 1973

SIEGWART-MÜLLER C., Das Strafrecht der Kantone Uri, Schwyz, Unterwalden, Glarus, Zug und Appenzell, St. Gallen 1833

SIMMLER M., Normstabilisierung und Schuldvorwurf – Eine Analyse der Funktion und Variabilität der strafrechtlichen Schuld am Beispiel der Strict Liability, Diss. Zürich, Berlin/Bern 2018

SIMMLER M. / GRENACHER N. / HUWILER S. / PERANDRES S. / STEFFEN A., Disparität in der Strafzumessung: Ergebnisse einer Studie zur punitiven Einstellung von RichterInnen und StudentInnen, SZK 2/2017, 5 ff.

SIMMLER M. / WEDER R., Zum Sinn und Unsinn von Mindeststrafen, ZStrR 2019, 199

SINGELNSTEIN T. / KUNZ K.-L., Kriminologie – Eine Grundlegung, 8. Aufl., Bern 2021

SOLLBERGER J., Besondere Aspekte der Geldstrafe, ZStrR 2003, 244 ff.

SONNEN B.-R., Systematisierung der Strafzumessung, in: Paeffgen H.-U. / Böse M. / Kindhäuser U. / Stübinger S. / Verrel T. / Zaczyk R. (Hrsg.), Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion – Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, Berlin 2011, 1007 ff. (zit. SONNEN, in: FS Puppe)

SPENDEL G.

- Zur Lehre vom Strafmass, Habil. Frankfurt a.M. 1954
- Zur Entwicklung der Strafzumessungslehre, ZStW 1971, 203 ff.

SPYCHER D., Die Legitimität der retributiven Kriminalstrafe, Diss. Bern, Tanusstein 2013

STAHL D., Strafzumessungstatsachen zwischen Verbrechenslehre und Strafrechtstheorie, Diss. Freiburg i.Br., Berlin 2015

STEIGER R., Das Strafsystem im schweizerischen Militärstrafrecht, Diss. Bern, Rorschach 1923

STEINBERG G.

- Sittliche Strafwürdigkeit als Rechtfertigung staatlichen Strafens nach Kant, in: Schulze R. / Vormbaum T. / Schmidt C. D. / Willenberg N. (Hrsg.), Strafzweck und Strafform zwischen religiöser und weltlicher Wertevermittlung, Münster 2008, 176 ff.
- Geschichte des europäischen Strafrechts bis zum Reformationszeitalter, in: Hilgendorf E. / Kudlich H. / Valerius B. (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts, Band 1, Grundlagen des Strafrechts, Heidelberg 2019, 217 ff.

STEPHENSON J., Die Strafzumessung im schweizerischen Strafprozess, Anwaltsrevue 2010, 319 ff.

STOECKLIN L., Untersuchung über das Gewicht der einzelnen Strafzumessungsgründe – Analyse der Basler Gerichtspraxis (1961-1963) zu Art. 191 StGB, Diss. Basel 1971

STOOS C.

- Die ethischen und sozialen Grundlagen des Strafrechts, ZStrR 1894, 269 ff.
- Schlussbemerkungen zu der Replik des Herrn Präsidenten Thurneysen, ZStrR 1894, 267 ff.
- Thurneysens Bedenken gegen den Vorentwurf zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch, ZStrR 1894, 173 ff.
- Was ist Kriminalpolitik?, ZStrR 1894, 228 ff.
- Das Motiv im Entwurf zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch, ZStrR 1896, 167 ff.
- Verbrechen und Strafe – kriminalpolitisch untersucht, ZStrR 1901, 385 ff.
- Strafe und sichernde Massnahme, ZStrR 1905, 1 ff.
- Lehrbuch des Österreichischen Strafrechts, 2 Aufl., Wien/Leipzig 1913
- Zur Reform der Geldstrafe, ZStrR 1917, 87 ff.
- Zum schweizerischen Strafgesetzentwurf – 1893-1918, ZStrR 1918, 280 ff.
- Aschaffenburgs Kriminalpolitik, ZStrR 1924, 23 ff.
- Strafrechtliche Systematik, ZStrR 1930, 156 ff.
- Zur Natur der sichernden Massnahmen, ZStrR 1930, 261 ff.

STRATENWERTH G.

- Tatschuld und Strafzumessung, Recht und Staat, Heft 406/407, Tübingen 1972
- Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I – Die Straftat, 4. Aufl., Bern 2011 (zit. STRATENWERTH AT I⁴, § ... N ...)

- Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil II – Strafen und Massnahmen, 1. Aufl., Bern 1989 (zit. STRATENWERTH AT II¹, § ... N ...)
- Die Wahl der Sanktion, insbesondere nach revidiertem AT StGB, in: Niggli M. A. / Queloz N. (Hrsg.), Strafjustiz und Rechtsstaat, Symposium zum 60. Geburtstag von Franz Riklin und José Hurtado Pozo, Zürich 2003, 9 ff.
- Die Strafen im Bagatellbereich nach künftigem Recht, ZStrR 2004, 159
- Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil II – Strafen und Massnahmen, 2. Aufl., Bern 2006 (zit. STRATENWERTH AT II², § ... N ...)
- Was leistet die Lehre von den Strafzwecken?, in: Aebersold P. / Albrecht P. / Bommer F. / Gless S. / Pieth M. / Schubarth M. / Seelmann K. / Wohlers W. (Hrsg.), Beiträge zu Grundfragen eines zeitgemässen Strafrechts, Bern/Baden-Baden 2017, 239 ff.

STRATENWERTH G. / BERNOULLI A., Der schweizerische Strafvollzug, Ergebnisse einer empirischen Untersuchung, Aarau 1983

STRATENWERTH G. / BOMMER F.

- Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil II – Strafen und Massnahmen, 3. Aufl., Bern 2020 (zit. STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § ... N ...)
- Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I – Straftaten gegen Individualinteressen, 8. Aufl., Bern 2022 (zit. STRATENWERTH/BOMMER BT I⁸ § ... N ...)

STRATENWERTH G. / JENNY G. / BOMMER F., Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I – Straftaten gegen Individualinteressen, 7. Aufl., Bern 2010 (zit. STRATENWERTH/JENNY/BOMMER BT I⁷ § ... N ...)

STRATENWERTH G. / WOHLERS W., Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar, 3. Aufl., Bern 2013 (zit. STRATENWERTH/WOHLERS³, Art. ... N ...)

STRENG F.

- Strafzumessung und relative Gerechtigkeit: eine Untersuchung zu rechtlichen, psychologischen und soziologischen Aspekten ungleicher Strafzumessung, Heidelberg 1984
- Aspekte der Fortentwicklung des Strafzumessungsrechts durch die Gerichte, in: Richterliche Rechtsfortbildung: Erscheinungsformen, Auftrag und Grenzen – Festschrift der Juristischen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, Heidelberg 1986, 501 ff. (zit. STRENG, in: FS Heidelberg)
- Schuld ohne Freiheit? Der funktionale Schuldbegriff auf dem Prüfstand, ZStW 1989, 273 ff.

- Praktikabilität und Legitimität der «Spielraumtheorie» – Perspektiven einer Strafzumessungstheorie angesichts neuer Befunde und Entwicklungen, in: Britz G. / Jung H. / Koriath H. / Müller E. (Hrsg.), Grundfragen staatlichen Strafens – Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag, München 2001, 875 ff. (zit. STRENG, in: FS Müller-Dietz)
- Strafzumessung bei Tätern mit hohem Lebensalter, JR 2007, 271 ff.
- Forschungen zu Grundlagen und Determination der Strafzumessung, in: Frisch W. (Hrsg.), Grundlagen des Strafzumessungsrechts aus deutscher und japanischer Sicht, Tübingen 2011, 39 ff.
- Strafrechtliche Sanktionen – Die Strafzumessung und ihre Grundlagen, 3. Aufl., Stuttgart 2012
- Strafzumessung, in: Hilgendorf E. / Kudlich H. / Valerius B. (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts, Band 3, Strafrecht Allgemeiner Teil II, Heidelberg 2021, 1057 ff.

SUMMERS S., Sentencing and Human Rights – The Limits on Punishment, Habil. Zürich, Oxford 2022

SUTER S.

- Die Gutachten der Basler Juristenfakultät in Straffällen – Vom ausgehenden 16. bis zum Beginn des 19. Jahrhunderts, Diss. Basel 1990
- Guillotine oder Zuchthaus? – Die Abschaffung der Todesstrafe in der Schweiz, Basel 1997
- Die strafrechtlichen Bedencken der Basler Stadtconsulenten (1648-1798), Zürich 2006

TATA C., Sentencing – A Social Process: Re-thinking Research and Policy, Cham 2020

TEICHMANN A., Die deutsche Schweiz, in: von Liszt F. (Hrsg.), Die Strafgesetzgebung der Gegenwart in rechtsvergleichender Darstellung, Band I, Das Strafrecht der Staaten Europas, Berlin 1894, 361 ff.

TEMME J. D. H., Lehrbuch des Schweizerischen Strafrechts nach den Strafgesetzbüchern der Schweiz, Aarau 1855

THEUNE W.

- Grundsätze und Einzelfragen der Strafzumessung; aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, StV 1985, 205 ff.
- Zum Strafzumessungs- und Massregelrecht, NStZ 1986, 493 ff.

THOMMEN M.

- Kurzer Prozess – fairer Prozess? – Strafbefehls- und abgekürztes Verfahren zwischen Effizienz und Gerechtigkeit, *Habil. Luzern, Bern 2013*
- Weshalb die Haftanrechnung (Art. 51 StGB) abgeschafft werden sollte, *ContraLegem 2019/2, Sondernummer, Festgabe für Christian Schwarzenegger zu seinem 60. Geburtstag, 47 ff.*

THORMANN P., *Mitteilungen über den Stand der Strafrechtsreform in der Schweiz, ZBJV 1918, 201 ff.*

THORMANN P. / VON OVERBECK A.

- Das schweizerische Strafgesetzbuch – Erster Band, Allgemeine Bestimmungen: Art. 1-110, Zürich 1940
- Das schweizerische Strafgesetzbuch – Zweiter Band, Besondere Bestimmungen: Art. 111-332, Einführung und Anwendung des Gesetzes: Art 333-401, Zürich 1941

THURNEYSEN E.

- Zum Vorentwurf zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch, *ZStrR 1893, 369 ff.*
- Zum Vorentwurf zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch, Allgemeiner Teil – Eine Replik, *ZStrR 1894, 261 ff.*

TIMPE G., *Strafmilderungen des Allgemeinen Teils des StGB und das Doppelverwertungsverbot – Untersuchung zu den Paragraphen 23 Abs. 2, 13 Abs. 2, 17 Satz 2, 35 Abs. 1 Satz 2 und 46 Abs. 3 StGB, Diss. Regensburg, Berlin 1983*

TODT R., *Zur Lehre von der Strafzumessung – Eine kritische Betrachtung de lege ferenda, Diss. Leipzig, Berlin 1912*

TOMFORDE K., *Die Zulässigkeit einer Unterschreitung der schuldangemessenen Strafe aus präventiven Gesichtspunkten, Diss. Regensburg, Baden-Baden 1999*

TONGENDORFF M., *Schwyzerische Strafrechtspraxis 1772-1851 – Kantonale Rechtsprechung zwischen Mittelalter und Moderne, Tradition und Kodifikation, Rechtsgewohnheit und Gesetz, Diss. Luzern, Zürich 2015*

TRECHSEL S.

- Strafzumessung bei Verkehrsstrafsachen, insbesondere bei SVG Art. 91 Abs. 1, in: *Rechts- und wirtschaftswissenschaftliche Fakultät der Universität Bern (Hrsg.), Rechtsprobleme des Strassenverkehrs: Berner Tage für die juristische Praxis 1974, Bern 1975, 71 ff. (zit. TRECHSEL, in: UB)*

- Schweizerisches Strafgesetzbuch – Kurzkomentar, Zürich 1989 (zit. StGB KK¹, Art. ... N...)
 - Schweizerisches Strafgesetzbuch – Kurzkomentar, 2. Aufl., Zürich 1997 (zit. StGB KK², Art. ... N...)
 - Human Rights in Criminal Proceedings, Oxford 2005
- TRECHSEL S. / NOLL P., Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil – Allgemeine Voraussetzungen der Strafbarkeit, 6. Aufl., Zürich 2004
- TRECHSEL S. / NOLL P. / PIETH M., Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil – Allgemeine Voraussetzungen der Strafbarkeit, 7. Aufl., Zürich 2017
- Trechsel S. / Pieth M. (Hrsg.)
- Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 3. Aufl., Zürich / St. Gallen 2017 (zit. StGB PK³-BEARBEITER/-IN, Art. ... N...)
 - Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 4. Aufl., Zürich / St. Gallen 2021 (zit. StGB PK⁴-BEARBEITER/-IN, Art. ... N...)
- TRIFFTERER O., Österreichisches Strafrecht – Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Wien 1994
- URWYLER T. / RANZONI L., Schuld dogmatik in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, *sui generis* 2021, 179 ff.
- VILSMEIER M., Empirische Untersuchung der Abschreckungswirkung strafrechtlicher Sanktionen, *MschKrim* 1990, 273 ff.
- VITIELLO M., Three Strikes. Can we Return to Rationality?, *The Journal of Criminal Law and Criminology* 1997, 395 ff.
- VOGLER T., Funktion und Grenzen der Gesetzeseinheit, in: Kaufmann A. (Hrsg.), *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978*, München 1979, 715 ff. (zit. VOGLER, in: *FS Bockelmann*)
- VON BELING E., Besprechung des Entscheids des Reichsgerichts in Strafsachen vom 11. September 1924, 1D 746/24, *Juristische Wochenschrift* 1924, 1721 ff.
- VON FELTEN R., Strafzumessung «quo vadis»? : zwischen Rechenschieber und Willkür, in: *Regierungsrat des Kantons Solothurn (Hrsg.), Festgabe Walter Straumann: zum Rücktritt und zum 70. Geburtstag*, Solothurn 2013, 369 ff. (zit. VON FELTEN, in: *FG Straumann*)
- VON FEUERBACH P. J. A., *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts*, 3. Aufl., Giessen 1805

VON GOETHE J. W.

- Faust. Der Tragödie zweiter Teil, Stuttgart 1832
- Aus meinem Leben – Dichtung und Wahrheit, Dritter und Vierter Teil, Leipzig [o.J.]
- Der Gott und die Bajadere, in: Goethe Werke, Erster Band, Gedichte ausgewählt von Höllerer W., Frankfurt a.M. 1965, 145 ff.

VON GOETHE J. W. / SCHILLER F., Briefwechsel zwischen Schiller und Goethe – Erster Band, 4. Aufl., Stuttgart 1881

VON HEINTSCHEL-HEINEGG B., Das Schuldprinzip als Geltungsgrund des Doppelverwertungsverbots im Rahmen der Konkurrenzen und der Strafzumessung, in: Safferling C. / Kett-Straub G. / Jäger C. / Kudlich H. (Hrsg.), Festschrift für Franz Streng zum 70. Geburtstag, Heidelberg 2017, 229 ff. (zit. VON HEINTSCHEL-HEINEGG, in: FS Streng)

von Heintschel-Heinegg B. (Hrsg.)

- Münchner Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 2, §§ 38-79b, 4. Aufl., München 2020 (zit. MK⁴-BEARBEITER/-IN, § ... N ...)
- Strafgesetzbuch – Kommentar, 4. Aufl., München 2021 (zit. Komm. Strafgesetzbuch⁴-BEARBEITER/-IN, § ... N ...)

VON HIPPEL R., Die Strafzumessung und ihr Ruf, in: Warda G. / Waider H. / von Hippel R. / Meurer D. (Hrsg.), Festschrift für Richard Lange zum 70. Geburtstag, Berlin 1976, 285 ff. (zit. VON HIPPEL, in: FS Lange)

VON HIRSCH A.

- Fairness, Verbrechen und Strafe: Strafrechtstheoretische Abhandlungen, Berlin 2005
- Proportionate Sentences: a Desert Perspective, in: von Hirsch A. / Ashworth A. / Roberts J. (Hrsg.), Principal Sentencing – Readings on Theory and Policy, Oxford 2009, 115 ff.
- Deserved Criminal Sentences, Oxford 2017

VON HIRSCH A. / ASHWORTH A., Proportionate Sentencing, Exploring the Principles, Oxford 2005

VON HIRSCH A. / JAREBORG N.

- Strafmass und Strafgerechtigkeit: Die deutsche Strafzumessungslehre und das Prinzip der Tatproportionalität, Bonn 1991
- Gauging Criminal Harm: A Living-Standard Analysis, Oxford Journal of Legal Studies 1991, 1 ff.

- VON LILIENTHAL K., Der Stoosssche Entwurf eines schweizerischen Strafgesetzbuches, ZStW 1895, 97 ff.
- VON LINSTOW B., Berechenbares Strafmass: eine neue Methode der Strafzumessung am Beispiel wichtiger Verkehrsdelikte, Diss. München, Berlin 1974
- VON LISZT F., Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Band I (1875-1891), Berlin 1905
- VON LISZT F. / SCHMIDT E., Lehrbuch des Deutschen Strafrechts – Erster Band, Einleitung und Allgemeiner Teil, 26. Aufl., Berlin/Leipzig 1932
- VON SEGESSER P. A., Rechtsgeschichte der Stadt und Republik Luzern, Band 4: Das 16., 17. und 18. Jahrhundert, Luzern 1858
- VON WERDT A., Die Strafzumessung unter besonderer Berücksichtigung der luzernischen Gerichtspraxis bei Diebstahl, Diss. Freiburg i.Üe., München 1956
- VORMBAUM T., Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte, 4. Aufl., Berlin 2019
- WACH A., Die Reform der Freiheitsstrafe – Ein Beitrag zur Kritik der bedingten und der unbestimmten Verurtheilung, Leipzig 1890
- WADLE E., Die peinliche Strafe als Instrument des Friedens, in: FriedJ. (Hrsg.), Band 43 (1996) – Vorträge und Forschungen: Träger und Instrumentarien des Friedens im hohen und späten Mittelalter, Sigmaringen 1996, 229 ff.
- WALDER H., Vorsätzliche Tötung, Mord und Totschlag, STRGB Art. 111-113, ZStrR 1979, 117 ff.
- Waldmann B. / Besler E. / Epiney A. (Hrsg.), Basler Kommentar Schweizerische Bundesverfassung (BV), Basel 2015 (zit. BSK BV-BEARBEITER/-IN, Art. ... N ...)
- WALKER N. / PADFIELD N., Sentencing – Theory, Law and Practice, 2. Aufl., London 1996
- WALTER T., Die Vergeltungsidee als Grenze des Strafrechts, JZ 2019, 649 ff.
- WEGMÜLLER J., Die Grundlagen des Strafbegriffs, Diss. Bern, Affoltern am Albis 1945

- WEIGEND T., Kommentar zu Tatjana Hörnle, Gegenwärtige Strafbegründungstheorien, in: von Hirsch A. / Neumann U. / Seelmann K. (Hrsg.), Strafe – Warum? Gegenwärtige Strafbegründungen im Lichte von Hegels Straftheorie, Baden-Baden 2011, 31 ff.
- WIDMER A., Das Blutgericht nach den aargauischen Rechtsquellen, Diss. Bern 1901
- WILCKEN A., Die Doppelverwertung von Strafzumessungstatsachen, Diss. Kiel, Baden-Baden 2004
- WILDT A., Autonomie und Anerkennung: Hegels Moralitätskritik im Lichte seiner Fichte-Rezeption, Diss. Heidelberg, Stuttgart 1982
- WILLISEGGER D., Strafrechtswissenschaft und Rechtsprechung des Bundesgerichts – zwei fremde Welten?, *forum poenale* 2013, 104 ff.
- WIPRÄCHTIGER H.
- Die Abklärung der Persönlichkeit des Beschuldigten – Die Sicht des Richters, *ZStrR* 1993, 175 ff.
 - Strafzumessung und bedingter Strafvollzug – eine Herausforderung für die Strafbehörden (Zur neueren Praxis des Bundesgerichts), *ZStrR* 1996, 422 ff.
 - Revisionen des Strafgesetzbuches: (insbesondere des Sanktionenrechts) unnötig, unwirksam, unübersichtlich, *Anwaltsrevue* 2014, 477 ff.
- WIPRÄCHTIGER H. / SPAHNI S.
- Rezension von: «Hans Mathys, Leitfaden Strafzumessung», *forum poenale* 2017, 60 ff.
 - Schnellfahren, Fahren in angetrunkenem Zustand und Strafzumessung, *Strassenverkehr* 2017, 12 ff.
- WOHLERS W., «Restaurative Gerechtigkeit» – Alternative zur strafenden Gerechtigkeit?, *AJP* 2022, 459 ff.
- Wohlens W. / Godenzi G. / Schlegel S. (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch – Handkommentar, 4. Aufl., Bern 2020 (zit. HK StGB⁴-BEARBEITER/-IN, Art. ... N ...)
- Wolter J. (Hrsg.), SK-StGB – Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band II, §§ 38–79b, 9. Aufl., Köln 2016 (zit. SK StGB II⁹-BEARBEITER/-IN, § ... N ...)
- YÜKSEL C. C., Strafzumessungsschuld und Strafungleichheit – Eine kritische Auseinandersetzung mit § 46 StGB, Diss. Hamburg 1992

ZAGLER W., Das Doppelverwertungsverbot, AnwBl 1976, 481 ff.

ZIPF H.

- Die Strafmasrevision: Eine strafrechtsdogmatische Untersuchung über den systematischen Aufbau der Strafzumessung und ihre Revisibilität im Erwachsenen- und Jugendstrafrecht, Habil. München 1969
- Die Strafzumessung: eine systematische Darstellung für Strafrechtspraxis und Ausbildung, Heidelberg 1977
- Die Bedeutung der Grundlagenformel des § 32 Abs. 1 StGB, ÖJZ 1979, 197 ff.
- Der strafrechtliche Schuldbegriff, JBl 1980, 186 ff.

ZÜRCHER E.

- Die wichtigsten Grundlagen eines einheitlichen Strafrechts, ZSR 1892, 505 ff.
- Bibliographie und kritische Materialien zu den Entwürfen eines schweizerischen Strafgesetzbuches (Vierte Fortsetzung, 1912-1923), ZStrR 1924, 161 ff.

Materialienverzeichnis

Die nachfolgenden Materialien sind chronologisch geordnet, beginnend mit der neuesten Quelle. Bei gleichem Datum bzw. gleicher Jahreszahl (falls kein genaues Datum eruierbar) erfolgt eine alphabetische Ordnung.

Strafrahmenharmonisierung und Anpassung des Nebenstrafrechts an das neue Sanktionenrecht – Vorlage 3: Bundesgesetz über eine Revision des Sexualstrafrechts, Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Ständerates vom 17. Februar 2022, Stellungnahme des Bundesrates vom 13. April 2022, BBl 2022, 1011 ff. (zit. Stellungnahme BR, BBl 2022)

Strafrahmenharmonisierung und Anpassung des Nebenstrafrechts an das neue Sanktionenrecht – Vorlage 3: Bundesgesetz über eine Revision des Sexualstrafrechts, Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Ständerates vom 17. Februar 2022, BBl 2022, 687 ff. (zit. Bericht SR, BBl 2022)

Motion 21.4336 vom 19. Oktober 2021, Kommission für Rechtsfragen des Ständerates (Justice restaurative) (zit. Motion 21.4336)

Medienmitteilung des Sekretariats der Kommissionen für Rechtsfragen vom 19. Oktober 2021, Keine «justice restaurative» im Rahmen der Revision der Strafprozessordnung (zit. Medienmitteilung 2021 III)

Medienmitteilung des Nationalrats vom 2. Juni 2021, Nationalrat verschärft Sanktionen bei Gewalt gegen Beamte (zit. Medienmitteilung 2021 II)

Medienmitteilung des Sekretariats der Kommissionen für Rechtsfragen vom 1. Februar 2021 (zit. Medienmitteilung 2021)

Botschaft vom 25. April 2018 zur Harmonisierung der Strafrahmen und zur Anpassung des Nebenstrafrechts an das geänderte Sanktionenrecht, BBl 2018, 2827 ff. (zit. Botschaft, BBl 2018)

Medienmitteilung des Bundesrats vom 25. April 2018, Angemessene Strafrahmen: Bundesrat will Strafgesetzbuch revidieren (zit. Medienmitteilung 2018)

Motion 17.3265 vom 7. April 2017, Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats (Harmonisierung der Strafrahmen) (zit. Motion 17.3265)

Medienmitteilung des EJPD vom 29. März 2016 zum neuen Sanktionenrecht (zit. Medienmitteilung 2016)

Botschaft vom 20. Juni 2014 zum Strafregistergesetz, BBl 2014, 5713 ff. (zit. Botschaft, BBl 2014)

Bundesratsbeschluss über das Ergebnis der Volksabstimmung vom 18. Mai 2014, BBl 2014, 6349 ff. (zit. Bundesratsbeschluss 2014)

Medienmitteilung des EJPD vom 19. Dezember 2012 zur Harmonisierung der Strafraumen auf der Grundlage des neuen Sanktionensystems (zit. Medienmitteilung 2012)

Zusammenfassung der Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens über den Bericht und den Vorentwurf zum Bundesgesetz über die Harmonisierung der Strafraumen im Strafgesetzbuch, im Militärstrafgesetz und im Nebenstrafrecht, Bern, 3. Oktober 2012 (zit. Zusammenfassung Bericht und Vorentwurf 2012)

Botschaft vom 4. April 2012 zur Änderung des Strafgesetzbuchs und des Militärstrafgesetzes (Änderungen des Sanktionenrechts), BBl 2012, 4721 ff. (zit. Botschaft, BBl 2012)

Evaluation der Wirksamkeit des revidierten AT-StGB – Schlussbericht, 30. März 2012, erstellt im Auftrag des Bundesamtes für Justiz, BJ (zit. Evaluation 2012)

Zusammenfassung der Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens über den Bericht und den Vorentwurf zur Änderung des Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (Änderungen des Sanktionenrechts), Bern, 12. Oktober 2011 (zit. Zusammenfassung Bericht und Vorentwurf 2011)

Parlamentarische Initiative 09.500 vom 9. Dezember 2010, Geissbühler Andrea (StGB. Streichung der Artikel 19 und 20) (zit. Parlamentarische Initiative 09.500)

Vorentwurf und Erläuternder Bericht zum Bundesgesetz über die Harmonisierung der Strafraumen im Strafgesetzbuch, im Militärstrafgesetz und im Nebenstrafrecht vom 8. September 2010 (zit. VE-StGB/2010 II bzw. Bericht VE-StGB/2010 II)

Vorentwurf und Erläuternder Bericht zur Änderung des Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (Änderungen des Sanktionenrechts) vom 30. Juni 2010 (zit. VE-StGB/2010 bzw. Bericht VE-StGB/2010)

Motion 10.3614 vom 18. Juni 2010, Fluri Kurt (Rechtssicherheit in Bezug auf Pyro-Schmuggler schaffen) (zit. Motion 10.3614)

Ergebnisse der Umfrage bei den Mitgliedern der Konferenz der kantonalen Justiz- und Polizeidirektorinnen und -direktoren (KKJPD) betreffend die ersten Erfahrungen mit dem revidierten AT-StGB, Bundesamt für Justiz, August 2009 (zit. Ergebnisse KKJPD 2009)

Motion 09.3450 vom 30. April 2009, Amherd Viola (Wiedereinführung kurzer Haftstrafen) (zit. Motion 09.3450)

Motion 09.3444 vom 30. April 2009, Häberli-Koller Brigitte (Fehlende Wirkung bedingter Geldstrafen) (zit. Motion 09.3444)

Motion 09.3428 vom 30. April 2009, Rickli Natalie (Abschaffung des teilbedingten Strafvollzugs für Strafen von über zwei Jahren) (zit. Motion 09.3428)

Postulat 09.3366 vom 27. April 2009, Jositsch Daniel (Überprüfung der Gerichtspraxis bezüglich Ausschöpfung der Strafrahmen) (zit. Postulat 09.3366)

Motion 09.3300 vom 20. März 2009, Stamm Luzi (Wiedereinführung von Freiheitsstrafen unter sechs Monaten) (zit. Motion 09.3300)

Motion 09.3233 vom 19. März 2009, Baettig Dominique (Abschaffung der bedingten gemeinnützigen Arbeit) (zit. Motion 09.3233)

Bundesratsbeschluss über das Ergebnis der Volksabstimmung vom 3. Februar 2009, BBl 2009, 605 ff. (zit. Bundesratsbeschluss 2009)

Botschaft vom 23. Januar 2008 über die Legislaturplanung 2007-2011, BBl 2008 753 ff. (zit. Botschaft, BBl 2008)

Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005, BBl 2005, 1085 ff. (zit. Botschaft, BBl 2005a)

Botschaft vom 29. Juni 2005 zur Änderung des Strafgesetzbuches in der Fassung vom 13. Dezember 2002 und des Militärstrafgesetzes in der Fassung vom 21. März 2003, BBl 2005, 4689 ff. (zit. Botschaft, BBl 2005)

Medienmitteilung des EJPD vom 29. Juni 2005, Allgemeiner Teil des Strafgesetzbuches wird nachgebessert (zit. Medienmitteilung 2005)

Zusammenfassung der Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens über den Bericht und Vorentwurf der Arbeitsgruppe «Verwahrung» vom 15. Juli 2004 zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches in der Fassung vom 13.12.2002 betreffend die Umsetzung von Artikel 123a BV über die lebenslängliche Verwahrung extrem gefährlicher Straftäter und einzelne nachträgliche Korrekturen am neuen Massnahmenrecht, Teil 1,

- Nachträgliche Korrekturen am neuen Massnahmenrecht (Bericht zum VE Ziffer 2.2), Bundesamt für Justiz, Juni 2005 (zit. Zusammenfassung 2005)
- Bericht der Arbeitsgruppe «Verwahrung» zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches in der Fassung vom 13.12.2002 betreffend die Umsetzung von Artikel 123a BV über die lebenslängliche Verwahrung extrem gefährlicher Straftäter und einzelne nachträgliche Korrekturen am neuen Massnahmenrecht, 15. Juli 2004 (zit. Bericht 2004)
- Bundesratsbeschluss über das Ergebnis der Volksabstimmung vom 8. Februar 2004, BBl 2004, 2199 ff. (zit. Bundesratsbeschluss 2004)
- Sammelband der wichtigsten Strafgesetzbücher des 16. Jahrhunderts – Bambergensis 1507, Brandenburgensis 1516, Carolina 1533, Goldbach 1999 (zit. Sammelband Strafgesetzbücher 1999)
- Botschaft vom 21. September 1998 zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches (Allgemeine Bestimmungen, Einführung und Anwendung des Gesetzes) und des Militärstrafgesetzes sowie zu einem Bundesgesetz über das Jugendstrafrecht sowie Entwurf zum Schweizerischen Strafgesetzbuch, BBl 1999 II, 1979 ff. (zit. Botschaft, BBl 1999 II bzw. E-StGB/1998)
- Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens über die Vorentwürfe der Expertenkommission zum Allgemeinen Teil und zum Dritten Buch des Strafgesetzbuches sowie zu einem Bundesgesetz über die Jugendstrafrechtspflege, Bundesamt für Justiz, Januar 1995 (zit. Vernehmlassung 1995)
- Zusammenfassung der Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens über die Vorentwürfe der Expertenkommission zum Allgemeinen Teil und Dritten Buch des Strafgesetzbuches sowie zu einem Bundesgesetz über die Jugendstrafrechtspflege, Bundesamt für Justiz, Januar 1995 (zit. Zusammenfassung Vernehmlassung 1995)
- Bericht zur Revision des Allgemeinen Teils und des Dritten Buches des Strafgesetzbuches und zu einem Bundesgesetz über die Jugendstrafrechtspflege, erstellt auf der Grundlage der Schlussberichte der Expertenkommission, Bundesamt für Justiz, 1993 (zit. Bericht 1993)
- Bericht und Vorentwurf zur Revision des Allgemeinen Teils und des Dritten Buches «Einführung und Anwendung des Gesetzes» des Schweizerischen Strafgesetzbuches von Prof. Dr. Hans Schultz, Bern 1987 (zit. Bericht VE-StGB/1987 bzw. VE-StGB/1987)

- Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Allgemeiner Teil, vorgelegt von Baumann J. / Brauneck A.-E. / Hanack E.-W. / Kaufmann A. / Klug U. / Lampe E.-J. / Lenckner T. / Maihofer W. / Noll P. / Roxin C. / Schmitt R. / Schultz H. / Stratenwerth G. / Stree W., Tübingen 1966 (zit. AE-StGB/1966/D)
- Botschaft vom 1. März 1965 des Bundesrates an die Bundesversammlung über eine Teilrevision des Schweizerischen Strafgesetzbuches, BBl 1965 I, 561 ff. (zit. Botschaft, BBl 1965 I)
- Entwurf sowie amtliche Begründung vom 4. Oktober 1962 zum Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB) E 1962, Bonn 1962 (zit. E-StGB/1962/D bzw. Begründung E-StGB/1962/D)
- Entwurf sowie amtliche Begründung vom 3. November 1960 zum Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB), Bonn 1960 (zit. E-StGB/1960/D bzw. Begründung E-StGB/1960/D)
- Niederschriften über die Sitzungen der Grossen Strafrechtskommission, 12. Band, Zweite Lesung des Entwurfs, Allgemeiner Teil, Bonn 1959 (zit. Niederschriften, Band 12/1959)
- Niederschriften über die Sitzungen der Grossen Strafrechtskommission, 1. Band, Grundsatzfragen, 1. bis 13. Sitzung, Bonn 1956 (zit. Niederschriften, Band 1/1956)
- Teilrevision des Strafgesetzbuches – Protokoll der Ersten Session der Expertenkommission vom 1. Juli 1954 in Bern (zit. Protokoll-I/1954)
- Referendumsvorlage vom 21. Dezember 1937 zum Schweizerischen Strafgesetzbuch, BBl 1937 III, 625 ff. (zit. Referendumsvorlage, BBl 1937 III)
- Schweizerisches Strafgesetzbuch – Protokoll der zweiten Expertenkommission, Band IX, August 1916, Luzern 1920 (zit. Protokoll-IX/1920)
- Schweizerisches Strafgesetzbuch – Protokoll der zweiten Expertenkommission, Band VIII, August 1916, Luzern 1918 (zit. Protokoll-VIII/1918)
- Botschaft vom 26. November 1918 des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf enthaltend das schweizerische Militärstrafgesetzbuch, BBl 1918 V, 337 ff. (Botschaft, BBl 1918 V)
- Botschaft vom 23. Juli 1918 des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf enthaltend das schweizerische Strafgesetzbuch, BBl 1918 IV, 1 ff. (zit. Botschaft, BBl 1918 IV)

Departementsentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch, Juni 1918
(zit. DPE-StGB/1918)

(Entwurf) Schweizerisches Strafgesetzbuch, BBl 1918 IV, 1 ff., 103 ff. (zit. E-StGB/1918)

Schweizerisches Strafgesetzbuch – Protokoll der zweiten Expertenkommission, Band VIII, Oktober 1915, Luzern 1918 (zit. Protokoll-VIII/1918)

Vorentwurf zu einem schweizerischen Militärstrafgesetzbuch mit Motiven, zweiter, unveränderter Abdruck, im Auftrag des eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements, ausgearbeitet von Prof. Dr. Ernst Hafter, Bern 1918 (zit. VE-MStG/1916 bzw. Motive VE-MStG/1916)

Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch, Fassung der Redaktionskommission in Weggis, August 1917 (zit. VE-StGB/1917)

Einladungsschreiben des Schweizerischen Justiz- und Polizeidepartements an Bundesrat Eduard Müller vom 29. Juni 1917 (zit. Einladungsschreiben 1917)

Meinungsäusserung von Prof. Stooss zum Entwurf der II. Expertenkommission von Herrn Bundesrat Müller, (Vorarbeit für die Vorlage an den Bundesrat), 1. Teil, 4. Juni 1917 (zit. Bemerkungen Stooss 1917)

Schreiben des Schweizerischen Justiz- und Polizeidepartements an Carl Stooss vom 26. Januar 1917 (zit. Schreiben Justiz- und Polizeidepartement 1917)

Bemerkungen des Herrn Bundesrat Müller zum VE der 2. Expertenkommission (Vorarbeit für die Vorlage an den Bundesrat), Januar 1917 (zit. Bemerkungen BR Müller 1917)

Schweizerisches Strafgesetzbuch – Protokoll der zweiten Expertenkommission, Band VII, März 1915, Luzern 1917 (zit. Protokoll-VII/1917)

Schweizerisches Strafgesetzbuch – Zweiter Beilagenband zum Protokoll der zweiten Expertenkommission, Bern 1916 (zit. Beilagenband II/1916)

Schweizerisches Strafgesetzbuch – Beilagenband zum Protokoll der zweiten Expertenkommission, März 1916, Bern 1916 (zit. Beilagenband I/1916)

Schweizerisches Strafgesetzbuch – Protokoll der zweiten Expertenkommission, Band VI, November 1914, Luzern 1916 (zit. Protokoll-VI/1916)

Schweizerisches Strafgesetzbuch – Protokoll der zweiten Expertenkommission, Band V, April-Mai 1914, Luzern 1916 (zit. Protokoll-V/1916)

- Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch, Fassung der zweiten Expertenkommission, Oktober 1916, Zürich 1916 (zit. VE-StGB/1916)
- Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch (Fassung vom August 1915), abgedruckt in: Schweizerisches Strafgesetzbuch, Code pénal suisse, Zweiter Beilagenband zum Protokoll der zweiten Expertenkommission, Bern 1916, 1 ff. (zit. VE-StGB/1915)
- Schweizerisches Strafgesetzbuch – Protokoll der zweiten Expertenkommission, Band IV, Oktober-November 1913, Luzern 1915 (zit. Protokoll-IV/1915)
- Schweizerisches Strafgesetzbuch – Erläuterungen zum Vorentwurf vom April 1908, Bern 1914 (zit. Erläuterungen VE-StGB/1908)
- Schweizerisches Strafgesetzbuch – Protokoll der zweiten Expertenkommission, Band III, April 1913, Luzern 1914 (zit. Protokoll-III/1914)
- Schweizerisches Strafgesetzbuch – Protokoll der zweiten Expertenkommission, Band II, September-Oktober 1912, Luzern 1913 (zit. Protokoll-II/1913)
- Vorlage der Redaktionskommission von 1912, abgedruckt in: Schweizerisches Strafgesetzbuch – Code pénal suisse, Protokoll der zweiten Expertenkommission, Band II, September-Oktober 1912, Procès-verbal de la deuxième commission d'experts, Volume II, Septembre-Octobre 1912, Luzern 1913, 3 ff. (zit. Vorlage-StGB/1912)
- Schweizerisches Strafgesetzbuch – Protokoll der zweiten Expertenkommission, Band I, April 1912, Luzern 1912 (zit. Protokoll-I/1912)
- Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch im Auftrage des hohen schweizerischen Justizdepartements, neu gefasst von Carl Stooss, Februar 1908, Bern 1908 (zit. VE-StGB/1908)
- Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch und zu einem Bundesgesetz betreffend Einführung des schweizerischen Strafgesetzbuches, nach den Beschlüssen der von dem eidgenössischen Justizdepartement mit der Durchsicht des Vorentwurfs von 1896 beauftragten Expertenkommission, Juni 1903, Bern 1903 (zit. VE-StGB/1903)
- Bericht über den Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch nach den Beschlüssen der Expertenkommission, dem hohen eidgenössischen Justizdepartement erstattet von Dr. Carl Stooss, Bern 1899 (zit. Bericht VE-StGB/1896)

- Botschaft vom 28. November 1896 des Bundesrates an die Bundesversammlung, betreffend die Revision der Bundesverfassung zur Einführung der Rechtseinheit, BBl 1896 IV, 733 ff. (zit. Botschaft, BBl 1896 IV)
- Verhandlungen der von dem Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement einberufenen Expertenkommission über den Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch, Band II, Besonderer Teil (Erste Lesung), Bern 1896 (zit. Verhandlungen-II/1896)
- Verhandlungen der von dem Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement einberufenen Expertenkommission über den Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch, Band I, Allgemeiner Teil (Erste Lesung), Bern 1896 (zit. Verhandlungen-I/1896)
- Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch nach den Beschlüssen der Expertenkommission, Bern 1896 (zit. VE-StGB/1896)
- Amtliche Sammlung der Acten aus der Zeit der helvetischen Republik (1798–1803) – October 1799 bis 8. August 1800, Band V, Bern 1895 (zit. ASHR, V/1895)
- Schweizerisches Strafgesetzbuch, Vorentwurf im Auftrage des schweizerischen Bundesrates von Carl Stooss, Basel/Genf 1894 (zit. VE-StGB/1894)
- Schweizerisches Strafgesetzbuch, Vorentwurf mit Motiven, im Auftrage des schweizerischen Bundesrates, ausgearbeitet von Carl Stoss und französische Übersetzung des Vorentwurfs von Alfred Gautier, Basel/Genf 1894 (zit. Motive VE-StGB/1894)
- Entwurf sowie Botschaft des Bundesrathes vom 30. Mai 1884 betreffend das Militär-Strafgesetzbuch für die schweizerische Eidgenossenschaft, separater Abdruck aus dem Bundesblatt, Bern 1884 (zit. E-MStG/1884 bzw. Botschaft, MStG/1884)
- Motive zu dem Vorentwurf eines Schweizerischen Strafgesetzbuches, Allgemeiner Teil, im Auftrage des Bundesrates von Carl Stooss, September 1893, Basel/Genf 1893 (zit. Motive VE-StGB/1893)
- Die Grundzüge des Schweizerischen Strafrechts, im Auftrage des Bundesrathes vergleichend dargestellt von Carl Stooss, Band II, Basel/Genf 1893 (zit. Grundzüge-II/1893)
- Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch, Allgemeiner Teil, Im Auftrage des Bundesrates, ausgearbeitet von Carl Stooss, Basel/Genf 1893 (zit. VE-StGB/1893)

- Die Grundzüge des Schweizerischen Strafrechts, im Auftrage des Bundesrathes vergleichend dargestellt von Carl Stooss, Band I, Basel/Genf 1892 (zit. Grundzüge-I/1892)
- Rapport présenté au Grand Conseil par la Commission législative sur le projet de Code pénal, séance du 11 février 1891 (zit. Rapport CP NE/1891)
- Exposé des motifs à l'appui du projet de Code pénal neuchâtelois, séance du 21 mai 1890 (zit. Motifs CP NE/1890)
- Die Schweizerischen Strafgesetzbücher zur Vergleichung zusammengestellt und im Auftrage des Bundesrathes herausgegeben von Carl Stooss, Basel/Genf 1890 (zit. Zusammenstellung/1890)
- Botschaft vom 24. Mai 1872 des Bundesrathes an die hohe Bundesversammlung, betreffend die Abstimmung vom 12. Mai 1872 über die revidirte Bundesverfassung, BBl 1872 II, 358 ff. (zit. Botschaft, BBl 1872 II)
- Botschaft vom 17. Juni 1870 des Bundesrathes an die h. Bundesversammlung, betreffend die Revision der Bundesverfassung, BBl 1870 II, 665 ff. (zit. Botschaft, BBl 1870 II)
- Entwurf Bundesgesetz betreffend die Revision der Bundesverfassung (Antrag des Bundesrathes vom 17. Juni 1870), BBl 1870 II, 704 ff. (zit. E-BV/1870)
- Exposé des Motifs du Projet de Code Pénal: 1842, Vaud, Lausanne 1842 (zit. Motifs CP VD/1842)
- Allgemeines Gesetz über Verbrechen und derselben Bestrafung Kaiser Josephs II. für Oesterreich (zit. Josephina 1787)
- Bundesbrief der drei innerschweizerischen Talgemeinschaften Uri, Schwyz und Unterwalden, August 1291 (zit. Bundesbrief 1291)

Abkürzungsverzeichnis

Bemerkung: Das Abkürzungsverzeichnis enthält nicht die im Anhang vorkommenden Abkürzungen.

a.a.O.	am angeführten Ort
Abs.	Absatz
AE	Alternativentwurf
AG	Aktiengesellschaft; Aargau (Kanton)
AJP	Zeitschrift für die Aktuelle Juristische Praxis, Lachen = PJA (Zeitschrift Schweiz)
ALR	Allgemeines Landrecht (Preussen)
a.M.	anderer Meinung
AmtlBull	Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, Bern
AmtlBull NR	Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, Nationalrat, Bern
AmtlBull SR	Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, Ständerat, Bern
AnwBl	Österreichisches Anwaltsblatt (Zeitschrift Österreich)
APARIUZ	Analysen und Perspektiven von Assistierenden des Rechtswissenschaftlichen Instituts der Universität Zürich, Zürich
AppGer	Appellationsgericht (Basel-Stadt)
AR	Appenzell Ausserrhoden (Kanton)
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Stuttgart (Zeitschrift Deutschland)
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen
ASHR	Amtliche Sammlung der Acten aus der Zeit der helvetischen Republik (1798-1803)
ASMZ	Allgemeine schweizerische Militärzeitung, Volketswil (Zeitschrift Schweiz)
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
AuG/AIG	Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration vom 16. Dezember 2005 (Ausländer- und Integrationsgesetz; SR 142.20)
BayObLG	Bayrisches Oberstes Landesgericht
BayZRPfl	Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern, München (Zeitschrift Deutschland)
BBl	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Bern

Bd.	Band
BE	Bern (Kanton)
Beschl.	Beschluss
BetmG	Bundesgesetz vom 3. Oktober 1951 über die Betäubungsmittel und die psychotropen Stoffe (Betäubungsmittelgesetz; SR 812.121)
betr.	betreffend
BezGer	Bezirksgericht
BGBL.	Bundesgesetzblatt (Deutschland/Österreich)
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts, Amtliche Sammlung, Lausanne
BGer	Bundesgericht, Lausanne/Luzern
BGG	Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz; SR 173.110)
BGH	Deutscher Bundesgerichtshof, Karlsruhe
BGS	Bundesgesetz über Geldspiele (SR 953.51)
BJ	Bundesamt für Justiz, Bern
BJM	Basler Juristische Mitteilungen, Basel (Zeitschrift Schweiz)
BKK	Beck'sche Kurz-Kommentare
BL	Basel-Landschaft (Kanton)
BMJ	Bundesministerium der Justiz, Deutschland
BR	Bundesrat, Bundesrätin
BS	Basel-Stadt (Kanton)
BSK	Basler Kommentar
bspw.	beispielsweise
BStGer	Bundesstrafgericht, Bellinzona
BT	Besonderer Teil
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
CAC	Corte delle assise criminali (Tessin)
CAPE	Cour d'appel pénale (Vaud)
CCC	Constitutio Criminalis Carolina
CCRP	Corte di cassazione e di revisione penale (Tessin)
CHF	Schweizer Franken
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937 = StGB
C.P.S.	Codice penale svizzero del 21 dicembre 1937 = StGB
CVP	Christlichdemokratische Volkspartei der Schweiz
DDR	Deutsche Demokratische Republik

ders./ders.	derselbe(n)
d.h.	das heisst
dies./dies.	dieselbe(n)
Diss.	Dissertation
DJZ	Deutsche Juristen-Zeitung, Berlin (Zeitschrift Deutschland)
Dr.	Doktor, Doktorin
DRiZ	Deutsche Richterzeitung, München (Zeitschrift Deutschland)
DSG	Bundesgesetz über den Datenschutz (SR.235.1)
dStGB	(siehe StGB/D)
E-	Entwurf
E.	Erwägung
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, Strassburg
EGV-SZ	Entscheide der Gerichts- und Verwaltungsbehörden des Kantons Schwyz, Schwyz (Zeitschrift Schweiz)
EJPD	Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement, Bern
EMRK	Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (SR 0.101)
et al.	et alii = und andere
etc.	et cetera = und anderes
f./ff.	und folgende Seite(n) bzw. folgende(r) Artikel
FDP	Freisinnig-Demokratische Partei der Schweiz
FG	Festgabe
FinfraG	Bundesgesetz über die Finanzmarktinfrastrukturen und das Marktverhalten im Effekten- und Derivatehandel (SR 958.1)
Fn.	Fussnote
fp/forumpoenale	– forumpoenale, Bern (Zeitschrift Schweiz)
FR	Freiburg (Kanton)
Frankfurt a.M.	– Frankfurt am Main
franz.	französisch
Freiburg i.Br.	Freiburg im Breisgau (Deutschland)
Freiburg i.Üe.	Freiburg im Üechtland (Schweiz)
FS	Festschrift
GA	Goltdammer's Archiv für Strafrecht, Heidelberg (Zeitschrift Deutschland)
GE	Genf (Kanton)
gem.	gemäss
GG/D	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949
GL	Glarus (Kanton)
gl.M.	gleicher Meinung

GR	Graubünden (Kanton)
GS	Gedächtnisschrift; Der Gerichtssaal, Stuttgart (Zeitschrift Deutschland)
GSSt	Grosser Senat für Strafsachen des (deutschen) Bundesgerichtshofs
GVP-SG	St. Gallische Gerichts- und Verwaltungspraxis, St. Gallen (Zeitschrift Schweiz)
Habil.	Habilitation
HK	Handkommentar
h.L.	herrschende Lehre
HRRS	Onlinezeitschrift für Höchstgerichtliche Rechtsprechung zum Strafrecht, Hamburg (Zeitschrift Deutschland)
Hrsg.	Herausgeber, Herausgeberin
i.c.	in casu = in diesem Fall
i.e.S.	im engeren Sinne
insb.	insbesondere
IPBPR	Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966, in Kraft getreten für die Schweiz am 18. September 1992 (SR 0.103.2)
i.S.	in Sachen/im Sinne
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
i.w.S.	im weiteren Sinne
ius.full	Forum für juristische Bildung, Zürich
JBl	Juristische Blätter, Wien (Zeitschrift Österreich)
JR	Juristische Rundschau, Berlin (Zeitschrift Deutschland)
JStG	Bundesgesetz über das Jugendstrafrecht vom 20. Juni 2003 (SR 311.1)
Jura	Juristische Ausbildung, Berlin (Zeitschrift Deutschland)
JuS	Juristische Schulung, München (Zeitschrift Deutschland)
Jusletter	Jusletter, Juristische Internetzeitschrift, www.weblaw.ch/jusletter (Zeitschrift Schweiz)
JW	Juristische Wochenschrift, Leipzig (Zeitschrift Deutschland)
JZ	(deutsche) Juristenzeitung, Tübingen (Zeitschrift Deutschland)
KGer	Kantonsgericht
KK	Kurzkomentar
KKJPD	Konferenz der kantonalen Justiz- und Polizeidirektorinnen und -direktoren
Komm.	Kommentar
korStGB	Strafgesetzbuch der Republik Korea (1963.10.03)

krit.	kritisch
KSBS	Konferenz der Strafverfolgungsbehörden
KV-KO	Kommentar Kriminelles Vermögen – Kriminelle Organisationen
KZfSS	Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie, Wiesbaden (Zeitschrift Deutschland)
lat.	lateinisch
LG	Landgericht
lit.	litera = Buchstabe
LK	Leipziger Kommentar
LM	Lindenmaier-Möhring: Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofes
LPS	Liberale Partei der Schweiz
LU	Luzern (Kanton)
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht, Köln (Zeitschrift Deutschland)
MH	Mélanges en l'honneur
m.H.	mit Hinweisen
MK	Münchener Kommentar
MKG	Entscheidungen des Militärkassationsgerichtes
MLaw	Master of Law
M SchrKrim	Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform, Berlin (Zeitschrift Deutschland)
MStG	Militärstrafgesetz vom 13. Juni 1927 (SR 321.0)
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
N	Note/Randnote
NE	Neuenburg (Kanton)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift, München (Zeitschrift Deutschland)
NK	Nomos-Kommentar, Baden-Baden
NR	Nationalrat, Nationalrätin
Nr.	Nummer
NS	Nationalsozialismus
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht, München / Frankfurt a.M. (Zeitschrift Deutschland)
NZZ	Neue Zürcher Zeitung, Zürich
OBG	Ordnungsbussengesetz vom 24. Juni 1970 (SR 741.03)
OFK	Orell Füssli-Kommentar, Zürich
OGer	Obergericht
o.J.	ohne Jahresangabe

ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung, Wien (Zeitschrift Österreich)
OLG	Oberlandesgericht
OW	Obwalden (Kanton)
Par.	Paragraph
PC	Petit commentaire
PJA	(siehe AJP)
PK	Praxiskommentar
PKG	Die Praxis des Kantonsgerichts von Graubünden, Chur (Zeitschrift Schweiz)
Pra	Die Praxis des Bundesgerichts, Monatliche Berichte über die wichtigsten Entscheide des Schweizerischen Bundesgerichts, Basel (Zeitschrift Schweiz)
Prof.	Professor, Professorin
recht	recht, Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis, Bern
Rep.	Repertorio di giurisprudenza patria, Bellinzona (Zeitschrift Schweiz)
resp.	respektive
Rg	Zeitschrift des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte, Frankfurt a.M. (Zeitschrift Deutschland)
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RJJ	Revue jurassienne de jurisprudence, Pruntrut (Zeitschrift Schweiz)
RS	Recueil systématique du droit fédéral, Bern = SR/Rundschreiben; Rechtsprechung in Strafsachen, mitgeteilt durch die Schweizerische kriminalistische Gesellschaft, Bern (Zeitschrift Schweiz)
Rspr.	Rechtsprechung
RZ	Richterzeitung, Wien (Zeitschrift Österreich)
Rz.	Randziffer(n)
S.	Seite(n)
s.(a.)	siehe (auch)
Schw.R.	Schweizerische Rundschau, Stans (Zeitschrift Schweiz)
SG	Systematische Gesetzessammlung, Basel-Stadt / St. Gallen; St. Gallen (Kanton)
SH	Schaffhausen (Kanton)
SJ	La Semaine Judiciaire, Genf (Zeitschrift Schweiz); Schweizerischer Juristentag
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung, Zürich (Zeitschrift Schweiz); Süddeutsche Juristen-Zeitung, Heidelberg (Zeitschrift Deutschland)

SK	Systematischer Kommentar
SOG	Solothurnische Gerichtspraxis, Solothurn (Zeitschrift Schweiz)
sog.	sogenannt(e)
SP	Sozialdemokratische Partei der Schweiz
Sp.	Spalte
SR	Ständerat, Ständerätin; Systematische Sammlung des Bundesrechts, Bern
S/S	Kommentar Schönke/Schröder
SSW	Kommentar Satzger/Schluckebier/Widmaier
StBOG	Bundesgesetz über die Organisation der Strafbehörden des Bundes vom 19. März 2010 (SR. 173.71)
StenBull NR	Stenographisches Bulletin der Bundesversammlung, Nationalrat, Bern
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0)
StGB/D	Deutsches Strafgesetzbuch = Strafgesetzbuch vom 15. Mai 1871
StGB/Ö	Österreichisches Strafgesetzbuch = Bundesgesetz vom 23. Jänner 1974 über die mit gerichtlicher Strafe bedrohten Handlungen
StPO	Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (Strafprozessordnung; SR 312.0)
StR	Strafsenat des deutschen Bundesgerichtshofs
STRGB	Strafgesetzbuch
StrGer	Strafgericht
StV	Strafverteidiger, Köln (Zeitschrift Deutschland)
SVG	Bundesgesetz vom 19. Dezember 1958 über den Strassenverkehr (SR 741.01)
SVP	Schweizerische Volkspartei
SZ	Schwyz (Kanton)
SZK	Schweizerische Zeitschrift für Kriminologie, Bern (Zeitschrift Schweiz)
TC	Tribunal Cantonal
TG	Thurgau (Kanton)
TI	Tessin (Kanton)
u.	und
u.Ä.	und Ähnliche(s)
u.a.	unter anderem/-n
UB	Universität Bern
UNO	United Nations Organization
unv.	unveröffentlicht

U.S.	United States
usw.	und so weiter
u.U.	unter Umständen
v.	von/vom; versus
v.a.	vor allem
VD	Waadt (Kanton)
VE-	Vorentwurf
VerwGer	Verwaltungsgericht
vgl.	vergleiche
Vor	Vorbemerkungen
VRS	Verkehrsrechts-Sammlung, Berlin (Zeitschrift Deutschland)
VS	Wallis (Kanton)
VStGB/D	Völkerstrafgesetzbuch (Deutschland) vom 26. Juni 2002
WG	Bundesgesetz über Waffen, Waffenzubehör und Munition (SR 514.54)
z.B.	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins, Bern (Zeitschrift Schweiz)
ZH	Zürich (Kanton)
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZJJ	Zeitschrift für Jugendkriminalrecht und Jugendhilfe, Hannover (Zeitschrift Deutschland)
ZK	Zürcher Kommentar
ZKE	Zeitschrift für Kindes- und Erwachsenenschutz, Zürich (Zeitschrift Schweiz)
ZNR	Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte, Wien (Zeitschrift Österreich)
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung, Zürich (Zeitschrift Schweiz)
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Basel (Zeitschrift Schweiz)
ZStrR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, Bern (Zeitschrift Schweiz)
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Berlin/New York (Zeitschrift Deutschland)

Einleitung

A. Das «Pudding-Problem»

«Mir scheint, dass eine Dogmatik der Strafzumessung zu entwickeln, dem Versuch gleicht, einen Pudding an die Wand zu nageln. Das Solideste daran ist sicherlich der Nagel.»²

Dieser Aussage kann wohl jede Person, die sich wissenschaftlich mit der Thematik der Strafzumessung auseinandersetzt, einen gewissen Wahrheitsgehalt abgewinnen. Nicht weniger apodiktische Äusserungen als zu einer Strafzumessungsdogmatik finden sich auch hinsichtlich der praktischen Anwendung der Strafzumessungsregeln durch die Gerichte. So führte im Jahre 1890 ein deutscher Strafrechtler aus: «Es ist wahr, die richterliche Strafzumessung ist zum guten Teil Willkür, Laune, Zufall. Das ist öffentliches Geheimnis, jedem schmerzliche Erfahrungsthatsache, der in der Strafrechtspraxis thätig geworden ist [...]. Ob der Angeklagte zu sechs oder fünf oder vier Wochen oder zwei Monaten Gefängnis verurteilt wird, das hängt mehr von der zufälligen Zusammensetzung des Kollegiums, den subjektiven Anschauungen und Anregungen des Richters, seinem Geblüt und seiner Verdauung als von der Schwere des Verbrechens ab.»³ Solche Kritik findet sich auch in der schweizerischen Literatur und Praxis schon seit geraumer Zeit. Bereits lange vor Inkrafttreten des Schweizerischen Strafgesetzbuchs mit seinen Bestimmungen zur Strafzumessung wurde die Bemessung der konkreten Strafe eines Straftäters⁴ im Einzelfall als die schwierigste und anspruchsvollste, jedoch auch als die wichtigste Aufgabe des Gerichts angesehen.⁵ Schon 1917 nannte CARL STOOSS, der

2 BLANKENBURG, in: Pfeiffer/Oswald, 127.

3 WACH (1890), 41; vgl. auch VON LISZT (1905), 393 («*Strafzumessung [ist] ein Griff ins Dunkle [...]. Man nenne mir einen [...] Strafrichter, den seine Tätigkeit bei der Strafzumessung innerlich befriedigt – und ich gebe mich für überwunden [...]»*), 532 f.

4 In der vorliegenden Untersuchung wird für den Täter grundsätzlich die maskuline Form verwendet, da diese Formulierung einerseits vom Gesetzgeber verwendet wird und andererseits die überwiegende Mehrheit der Delinquenten männlich ist.

5 So ARNOLD (1986), 9; DUBS, in: FG SJ, 10; GETH⁷, Rz. 592; HAFTER², 343; HEIERLE (1986), 42; KIENER, ZStrR 2007, 351, 352; NAGLER, GS 1927, 83 («*Die Zumessung bildet gewissermassen die Krönung des gesamten positiven Rechtsstoffs des darauf sich aufbauenden Lehrgebäudes der Doktrin [...]»*); OBERHOLZER, in: Riklin, 32 f.; SERWE (1973), 138; STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 4; StGB PK⁴-TRECHSEL/M. SEELMANN, Art. 47 N 8; VON LILIENTHAL, ZStW 1895, 148; vgl. auch MEZGER, ZStW 1931, 855; STOOSS, ZStrR 1924, 28.

«Vater» des Schweizerischen Strafgesetzbuchs, die Strafzumessung – konkret bezogen auf die Bemessung der Freiheitsstrafe – eine «ungemein schwierige, ja geradezu peinliche Aufgabe für den Richter». ⁶ Zudem wurde vorgebracht, dass «in der Strafbemessung auch der erfahrenste, gewissenhafteste Richter ein Dilettant [sei]». ⁷ Dies lag nicht zuletzt daran, dass sich einerseits die Schweizer Strafrechtsdogmatik nicht in gleichem Umfang mit der Strafzumessung wie etwa mit Fragen der Tatbestandsmässigkeit befasste. ⁸ Während die Zahl an Lehrbüchern über den Allgemeinen und Besonderen Teil des Strafgesetzbuches stetig anwuchs, erfuhr das Sanktionenrecht lange Zeit eine eher stiefmütterliche Behandlung. ⁹ So wurde der Vorwurf laut, dass die wissenschaftlichen «Texte regelmässig dort aufhören, wo das Thema für den Richter langsam interessant wird.» ¹⁰ Andererseits beteiligte sich aber auch das Bundesgericht zunächst kaum am Diskurs zur Frage des Strafmasses, sondern stellte sich auf den Standpunkt, dass das (kantonale) Sachgericht im Rahmen seines Ermessens über die Bemessung der Strafe zu entscheiden habe. ¹¹

Nun mag es auf den ersten Blick erstaunen, dass sich bislang keine zufriedenstellende *Dogmatik* der Strafzumessung herausgebildet hat, ist doch die Frage der auszusprechenden Strafe für die davon betroffene Person zumeist von grösserer Wichtigkeit als die «Doktorfrage», welchen Tatbestands wegen sie sich nun genau strafbar gemacht hat. ¹² Auch ist die bestehende richterliche *Strafzumessungspraxis* in vielerlei Hinsicht bemängelt worden. Aufgrund der fehlenden dogmatischen Vertiefung und des sich damit «rationaler» Kontrolle entziehenden Strafzumessungsvorgangs werden den ausgesprochenen Strafmassen weiterhin Attribute wie Zufall, Laune, Willkür, Irrationalität, Unberechenbarkeit sowie Ungleichheit bis zur daraus resultierenden Rechtsunsicherheit zugeschrieben. ¹³ In der Tat werden die angesprochenen praktischen

6 STOOS, ZStrR 1917, 87, 94.

7 FRANK, ZStrR 1943, 232.

8 P. ALBRECHT, ZStrR 2013, 385, 404 ff.; OBERHOLZER, in: Riklin, 33; BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 7f.

9 FRANK, ZStrR 1943, 232 («Die Strafbemessungslehre ist das Stiefkind der kriminal-juristischen Wissenschaft [...]»); STRATENWERTH/BOMMER AT II³ § 5 N 4; BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 8; vgl. auch SSW StGB⁵-ESCHELBACH, § 46 N 1; MURMANN, in: FS Frisch, 1133 ff.

10 P. ALBRECHT, ZStrR 1991, 48.

11 BGE 107 IV 60, E. 2a; vgl. auch BGE 136 IV 55, E. 5.4 ff.; 134 IV 17, E. 2.1; 129 IV 6, 20 E. 6.1; 127 IV 101, E. 2; O. A. GERMANN, ZStrR 1942, 21; OBERHOLZER, in: Riklin, 25, 31 f.; QUELOZ, ZStrR 1984, 171; w.H. hinten I.C.6.

12 EXNER (1931), Vorwort; STRATENWERTH/BOMMER AT II³ § 5 N 4; vgl. auch DUBS, in: FG SJ, 10; SCHWANDER², Rz. 431.

13 AHLERS-GRZIBEK (2003), 1 f.; P. ALBRECHT, ZStrR 1991, 45; STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 4; STRENG³, Rz. 479 ff.; BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 9; vgl. auch BRUNS/GÜNTGE², 17 ff.; VON HIPPEL, in: FS Lange, 285 ff.

Probleme auch durch empirische Studien abgestützt.¹⁴ So unterscheidet sich bspw. die Strafzumessungspraxis oftmals nicht nur von Kanton zu Kanton, sondern sogar (innerkantonal) von Gericht zu Gericht.¹⁵

Indes gibt es jedoch mannigfaltige Gründe, weshalb in vielen Bereich der Strafzumessung eine «rationale» Vorgehensweise nicht existiert bzw. sich die Strafzumessung bislang «rationaler» Kontrolle entzieht. «Rational» soll hierbei nicht als Formalisierung der Strafzumessung im Sinne einer Mathematisierung von deren Komponenten verstanden werden.¹⁶ Vielmehr geht es nur schon darum, eine «Rechtfertigung» für das Ausmass eines konkreten Strafzumessungsentscheids darlegen zu können und diesen dadurch überprüfbar zu machen.¹⁷ Als Hauptgrund für die Schwierigkeiten, die der Strafzumessung etwa im Gegensatz zu reinen Subsumtionsfragen der Tatbestandsmässigkeit entgegenschlagen, ist vorwegnehmend einerseits festzuhalten, dass es bei Ersterer nicht um ein binäres System im Sinne einer Ja-/Nein-Entscheidung geht (Tatbestand X ist erfüllt oder nicht), sondern vielmehr eine exakt vorzunehmende Quantifizierung (*wie viel?*) innerhalb eines breiten Rahmens an möglichen Strafquanten vorgenommen werden muss (z.B. 32 Monate Freiheitsstrafe innerhalb eines Strafrahmens von sechs Monaten bis zu zehn Jahren). Hinzu kommt, dass es dafür einer schwer – wenn nicht unmöglich – durchführbaren Umwandlung von Schuld- in Strafhöhe bedarf.

Zwar kennt das Schweizerische Strafgesetzbuch seit der Revision des Allgemeinen Teils mit Art. 47 ff. StGB eine ausführlichere Normierung zur Strafbemessung als zuvor, jedoch sind auch diese Bestimmungen trotz des vermeintlich klaren Wortlauts in hohem Masse interpretationsbedürftig.¹⁸ So enthalten die Vorschriften von Art. 47 ff. blosse Grundsätze und stellen dem Gericht keine umfangreiche Zumessungsregelung für die Strafzumessung i.e.S. zur Verfügung.¹⁹ Dieser Faktor zusammen mit den weiten gesetzlichen Strafrahmen der einzelnen Tatbestände, die nicht selten von einer Busse oder Geldstrafe bis hin zu einer langjährigen Freiheitsstrafe reichen, sowie dem

14 Vgl. statt vieler STRENG³, Rz. 480 ff.

15 P. ALBRECHT, ZStr 2006, 75; STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 4; vgl. auch ANDRISSEK (2017), 193.

16 Eine solche Schematisierung als Ziel der Strafzumessung wäre jedenfalls nicht wünschenswert. Siehe dazu hinten I.D.2.c.a.3.; zur Frage der Rationalität in der Strafzumessung sodann HASSEMER, ZStW 1978, 70 ff.

17 Vgl. ASHWORTH⁶, 80; STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 5.

18 OBERHOLZER, in: Riklin, 25, 31; SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH⁸, 91; STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 1, 3; BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 7; vgl. für das deutsche Recht H.-J. ALBRECHT, 47.

19 JOSITSCH/CONTE, AJP 2017, 368, 375; STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 1, 3; BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 5.

Umstand, dass das Bundesgericht den kantonalen Sachgerichten in Strafzumessungsfragen ein weites Ermessen einräumt, erschwert die Findung der konkreten Strafhöhe erheblich. Insbesondere dem weiten gerichtlichen Ermessen ist stets ein gewisses Misstrauen entgegengebracht worden. So wurde schon 1901 gegen den Vorentwurf des Schweizerischen Strafgesetzbuches der Einwand erhoben, das Gericht finde durch sein subjektives Ermessen «im Gesetz mühelos eine Bestimmung, die ihm Freisprechung wie rücksichtsloseste Bestrafung ermöglicht.»²⁰

B. Fragestellung und Eingrenzung

So resigniert die vorangehenden Ausführungen die Leserschaft hinsichtlich einer «Lösung» des Strafzumessungsproblems gestimmt haben mögen, so muss der Umstand, dass die Aufgabe bis anhin nicht zufriedenstellend bewältigt werden konnte, nun aber nicht gleichbedeutend mit ihrer Unlösbarkeit sein. Die vorliegende Arbeit nimmt sich so auch der (Haupt-)Frage an, *ob – und, falls ja, wie – die Strafzumessung einer systematischeren Kontrolle zugänglich ist, ohne dabei die Grundprinzipien der Strafzumessung auszuhebeln und das damit zusammenhängende gerichtliche Ermessen derart einzuschränken, dass keine einzelfallgerechte Strafe mehr ausgesprochen werden kann*. Die Arbeit stellt dabei *zwei – zusammenhängende – Hauptthesen* auf, die auch zum Aufbau der vorliegenden Abhandlung in zwei Hauptteile geführt haben:

Die *erste These* besagt, dass eine überprüfbarere Strafzumessung durch das Gericht möglich ist und in erster Linie bereits damit erreicht werden kann, dass sich das Gericht durch ein systematischeres Vorgehen selbst darüber im Klaren zu sein hat, welche Zumessungsgründe überhaupt im Rahmen des Strafzumessungsvorgangs in die Bemessung einfließen können und dürfen. Dieses Bewusstsein beginnt einerseits mit den zu berücksichtigenden Strafzwecken und einer Beantwortung der Frage, wie diese – sich mitunter widersprechenden – Zwecküberlegungen von Verschulden und Prävention zufriedenstellend miteinander in Übereinstimmung gebracht werden können. Andererseits gilt es zu eruieren, welche tatsächlichen Umstände des jeweiligen Einzelfalls Einfluss auf die konkrete Strafhöhe zeitigen können, wobei zu untersuchen ist, ob die in der Praxis verwendeten Zumessungsgründe gestützt auf die grundsätzliche gesetzliche Weichenstellung nach Art. 47 ff. StGB und die Strafzwecküberlegungen überhaupt eine Auswirkung auf die Strafhöhe haben können und dürfen. Zwar existieren im schweizerischen Schrifttum sowie in der Praxis

20 K. MÜLLER, Schweizerische Rundschau 1901, 177.

Ausführungen zu einzelnen hier zu besprechenden Punkten; vorliegend soll jedoch eine umfassende Übersicht der (wünschenswerten) gerichtlichen Vorgehensweise bei der Strafzumessung i.e.S. wissenschaftlich erarbeitet werden. Der Schwerpunkt hierbei liegt auf den *finalen* und *realen* Strafzumessungsgründen, da diese – wie noch zu zeigen sein wird – das Fundament bilden, ohne das sich die darauf aufbauenden Überlegungen in einem luftleeren Raum befänden. Zwar sollen auch die *logischen* Strafzumessungsgründe kurz angesprochen werden, da die Festsetzung der konkreten Strafhöhe, d.h. die Umwertung von Verschulden in Strafe, eines der grössten Probleme (wenn nicht sogar *das* Problem) der Strafzumessung darstellt. Da jedoch eine diesbezüglich eingehende Abhandlung – geschweige die Ausarbeitung eines exakten Lösungsvorschlags – den Rahmen der vorliegenden Arbeit bei Weitem sprengen würde, kann hierzu nur eine summarische Zusammenschau gegeben werden. Ebenfalls nur überblicksartig ist auf die Thematik der Gesamtstrafenbildung im Rahmen der Konkurrenzen sowie der Strafzumessung i.w.S. einzugehen. Dies gilt auch für übrige Nebenfolgen eines Urteils, die u.U. Auswirkungen auf die Strafzumessung haben können.

Gemäss der *zweiten These* kann die Problematik der Unklarheit, welche tatsächlichen Zumessungsgründe bei der Strafzumessung i.e.S. verwendet werden dürfen, teilweise durch eine systematische(re) Anwendung des sog. *Doppelterwertungsverbots* gelöst werden. Dieses Prinzip kann nämlich einen Kontrollmechanismus innerhalb des Strafzumessungssystems hinsichtlich der bei der Bemessung der Strafe im Einzelfall anzuwendenden Strafzumessungstatsachen darstellen.²¹

C. Gliederung der Arbeit und Vorgehensweise

Schon früh wurde in der wissenschaftlichen Debatte zur Strafzumessung bemerkt, dass «all die scharfsinnigen dogmatischen Untersuchungen und Kontroversen um die gerechte Strafe [...] im Grunde nur theoretische Steine statt praktischen Brots» geliefert hätten.²² Nun kann zwar auch in der vorliegenden Abhandlung – wenn man bei dieser bildlichen Sprache bleiben will – aufgrund der wissenschaftlichen Herangehensweise nicht auf «harte» Theorie verzichtet werden, da ohne die Steine auch dem Brot der Ofen fehlt; gleichwohl sollen

21 Auf das Doppelterwertungsverbot hatten sich so schon Gerichte vor knapp 100 Jahren abzustützen versucht, als sie sich mit der Frage auseinandersetzen mussten, ob etwa bei einer fahrlässigen Tötung die Tötung an sich als Straferhöhungsgrund herangezogen werden kann, s. hinten II.B.1.a.

22 DREHER, in: FS Bockelmann, 58.

die nachfolgenden Ausführungen auch das Ziel haben, der Praxis bekömmliche Ergebnisse vorzusetzen. So bestehen nachfolgend insb. die ersten Kapitel der beiden Hauptteile noch aus – immerhin fachgerecht geschichteten – theoretischen und historischen Steinen, der jeweils zweite Abschnitt der beiden Hauptteile soll sich jedoch darum bemühen, wenn schon nicht das fertige Brot, so doch die für den Teig nötigen Zutaten zu präsentieren. Dieses praktische Rüstzeug dürfte für die Praxis v.a. im zweiten Hauptteil zum Doppelverwertungsverbot zu finden sein, da es in der Schweiz bislang an vergleichbaren Untersuchungen mangelt. Entsprechend soll dieser Teil zum Doppelverwertungsverbot auch als eigentliches Nachschlagwerk für diesbezügliche praktische Fragen dienen. Doch auch der Versuch der Herausarbeitung eines eigentlichen Strafzumessungsmodells im ersten Hauptteil der Abhandlung, das die gerichtliche Zumessung in geordnete(re) Bahnen lenken soll, hat zum Ziel, der Praxis neue Denkanstösse zu vermitteln.

Der Aufbau der vorliegenden Untersuchung präsentiert sich demnach wie folgt: Im ersten Hauptteil gilt es in einem ersten Schritt zwecks Darlegung der zu behandelnden Thematik kursorisch festzuhalten, was man heute unter dem Begriff der Strafzumessung versteht (I.A.). Sodann ist der Frage nachzugehen, was mit einer Strafe grundsätzlich erreicht werden soll, womit ihr Zweck zu eruieren ist (I.B.). Diese Grundlage ist unabdingbar, um die Strafe für einen Straftäter korrekt zuzumessen. Ist nämlich unklar, aus welchem Grund eine Strafe überhaupt ausgesprochen werden soll, kann auch keine ordnungsgemässe Zumessung derselben erfolgen. Danach gilt es, die Geschichte der Strafzumessung in der Schweiz von ihren Anfängen bis heute zu beleuchten, um ein Verständnis für die Rechtsentwicklung zu erhalten und die Überlegungen hinter den heute geltenden Normen, der gerichtlichen Praxis und der in der Wissenschaft stattfindenden Diskussion nachvollziehen zu können. Eine Kenntnis früherer Strafzumessungsprobleme und der daraus gezogenen Schlüsse ist auch hilfreich dabei, dieselben Fehler nicht zu wiederholen (I.C.). Das letzte Kapitel des ersten Hauptteils setzt sich schliesslich mit der Strafzumessung nach geltendem Recht und den sich dabei stellenden Problemen auseinander. Der Aufbau der diesbezüglichen Ausführungen orientiert sich hierfür an dem – nach vorliegender Ansicht – systematisch idealerweise durchzuführenden gerichtlichen Strafzumessungsvorgang (I.D.).

Der zweite Hauptteil widmet sich sodann dem Doppelverwertungsverbot, für dessen Verständnis der erste Hauptteil das Fundament gelegt hat und auf dessen Ausführungen jeweils verwiesen wird, um unnötige Wiederholungen zu vermeiden. Einführend wird zunächst der Begriff des Doppelverwertungsverbots erläutert (II.A.) und ein Überblick über die in Deutschland und Österreich zu dieser Thematik bestehenden gesetzlichen Regelungen, deren

jeweilige Entstehungsgeschichte sowie die dazu bestehende Praxis und Lehre gegeben (II.B.). Den Schwerpunkt des zweiten Teils bilden die darauffolgenden Ausführungen: So ist zum einen die Frage zu beantworten, ob das Doppelverwertungsverbot auch für das schweizerische Strafrecht Geltung beansprucht (II.C.), da es – im Gegensatz zur Rechtslage in Deutschland und Österreich – an einer diesbezüglichen Bestimmung im Schweizerischen Strafgesetzbuch mangelt. Um eine Geltung des Doppelverwertungsverbots annehmen zu können, gilt es daher zu untersuchen, ob es sich möglicherweise aus einem bereits bestehenden rechtlichen Grundprinzip ableiten lässt (II.D.). Des Weiteren erfolgt eine Einordnung des Verbots in das im ersten Hauptteil ausgearbeitete Strafzumessungssystem (II.E.), worauf die Geltungsbereiche des Doppelverwertungsverbots zu ergründen sind (II.F.) und auch auf dessen allfällige Schwächen einzugehen ist (II.G.). Schliesslich erfolgt ein Vorschlag für die Verankerung des Doppelverwertungsverbots in das Schweizerische Strafgesetzbuch (II.H.) und es ist auf die Rechtsfolgen im Falle eines Verstosses gegen das Doppelverwertungsverbot einzugehen (II.I.).

Die vorliegende Arbeit richtet sich hinsichtlich der methodischen Vorgehensweise bei der Normauslegung grundsätzlich an der bekannten juristischen Methodenlehre anhand des klassischen Kanons der Auslegungselemente – im Sinne des bundesgerichtlichen pragmatischen Methodenpluralismus – aus.²³ Bei der teleologischen Auslegung nimmt jedoch neben normativen Überlegungen auch die Empirie eine zentrale Rolle ein; dies betrifft vorliegend insb. die Strafzweckdiskussion, in deren Rahmen empirische (kriminologische) Forschungsergebnisse in die normativen Betrachtungen einfließen zu lassen sind und dadurch ein weiteres Argumentarium aufzuzeigen sein wird, anhand dessen u.U. gewisse Zwecküberlegungen zu verwerfen sind. Im Rahmen der Untersuchung wird sodann neben der Rechtslage in der Schweiz auch diejenige in Deutschland und Österreich vergleichend herangezogen. Dies rechtfertigt sich gleich aus mehreren Gründen: Zum einen enthalten die deutschen (§ 46 Abs. 1 und 2 StGB/D)²⁴ und österreichischen (§ 32

23 Vgl. hierfür etwa BGE 145 III 109, E. 5.1; 141 IV 298, E. 1.3.2; KRAMER⁶, *passim*.

24 § 46 Abs. 1 und 2 StGB/D lauten:

«(1) Die Schuld des Täters ist Grundlage für die Zumessung der Strafe. Die Wirkungen, die von der Strafe für das künftige Leben des Täters in der Gesellschaft zu erwarten sind, sind zu berücksichtigen.

(2) Bei der Zumessung wägt das Gericht die Umstände, die für und gegen den Täter sprechen, gegeneinander ab. Dabei kommen namentlich in Betracht: die Beweggründe und die Ziele des Täters, besonders auch rassistische, fremdenfeindliche, antisemitische oder sonstige menschenverachtende, die Gesinnung, die aus der Tat spricht, und der bei der Tat aufgewendete Wille, das Mass der Pflichtwidrigkeit,

StGB/Ö)²⁵ Bestimmungen zur Strafzumessung eine grossenteils mit der schweizerischen Normierung übereinstimmende Regelung mit kongruierenden Grundprinzipien. Zum anderen steckt die Lehre in der Schweiz im Bereich der Strafzumessung – insb. im Vergleich zu Deutschland – noch in den Kinderschuhen, wodurch bei der Diskussion unterschiedlichster Problemkreise auf den umfangreichen deutschen Diskurs Bezug genommen und dieser für die innerstaatliche Rechtsentwicklung verwendet werden kann. Die fortgeschrittenere Diskussion im Ausland zeigt sich nicht zuletzt auch beim im zweiten Hauptteil zu behandelnden Doppelverwertungsverbot, das in Deutschland – sowie auch in Österreich – bereits im jeweiligen Strafgesetzbuch umschrieben wird.

Schliesslich gilt es zu betonen, dass sich die vorliegende Abhandlung nicht herausnimmt, *die Lösung für gewisse strafzumessungsrechtliche Probleme zu präsentieren*. Die Arbeit soll vielmehr lediglich einen ersten Schritt zu einer systematischeren Herangehensweise an den Strafzumessungsvorgang darstellen. Aufgrund der Begrenztheit des Umfangs der Untersuchung kann es zudem vorkommen, dass zu gewissen Punkten nur einige wenige Bemerkungen und Hinweise angebracht werden können. Für eine solche zuweilen vorkommende Kürze der Darstellung sei aber im Sinne von FRIEDRICH NIETZSCHE festzuhalten: «*Etwas Kurz-Gesagtes kann die Frucht und Ernte von vielem Lang-Gedachten sein.*»²⁶

Leser, die nicht gedenken, sich die vollständige Abhandlung zu Gemüte zu führen, ist die Zusammenfassung am Ende der Arbeit zu empfehlen. Dort werden die wichtigsten Erkenntnisse – mit Verweis auf die entsprechenden

die Art der Ausführung und die verschuldeten Auswirkungen der Tat, das Vorleben des Täters, seine persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse sowie sein Verhalten nach der Tat, besonders sein Bemühen, den Schaden wiedergutzumachen, sowie das Bemühen des Täters, einen Ausgleich mit dem Verletzten zu erreichen.»

25 § 32 StGB/Ö lautet:

«(1) Grundlage für die Bemessung der Strafe ist die Schuld des Täters.

(2) Bei Bemessung der Strafe hat das Gericht die Erschwerungs- und die Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen und auch auf die Auswirkungen der Strafe und anderer zu erwartender Folgen der Tat auf das künftige Leben des Täters in der Gesellschaft Bedacht zu nehmen. Dabei ist vor allem zu berücksichtigen, inwieweit die Tat auf eine gegenüber rechtlich geschützten Werten ablehnende oder gleichgültige Einstellung des Täters und inwieweit sie auf äussere Umstände oder Beweggründe zurückzuführen ist, durch die sie auch einem mit den rechtlich geschützten Werten verbundenen Menschen nahelegen könnte.

(3) Im allgemeinen ist die Strafe umso strenger zu bemessen, je grösser die Schädigung oder Gefährdung ist, die der Täter verschuldet hat oder die er zwar nicht herbeigeführt, aber auf die sich sein Verschulden erstreckt hat, je mehr Pflichten er durch seine Handlung verletzt, je reiflicher er seine Tat überlegt, je sorgfältiger er sie vorbereitet oder je rücksichtsloser er sie ausgeführt hat und je weniger Vorsicht gegen die Tat hat gebraucht werden können.»

26 NIETZSCHE (1922), Erste Abtheilung, Rz. 127.

Fundstellen im Text – kurz und übersichtlich zusammengefasst. Sie stellen quasi einen Schnellzugriff für die Arbeit dar, ohne das umfangreiche Inhaltsverzeichnis konsultieren zu müssen.

Teil I

Die Strafzumessung

A. Prolegomena – Grundlegende Terminologie

In der Schweiz wird heute zwischen der Strafzumessung i.w.S. sowie derjenigen i.e.S. unterschieden.²⁷

1. Strafzumessung i.w.S.

Strafzumessung i.w.S. bedeutet die *umfassende* Festsetzung der *Rechtsfolgen* einer Straftat.²⁸ Darunter fallen einerseits die durch das Gericht vorgenommene Auswahl der jeweiligen Sanktion (z.B. Freiheits- oder Geldstrafe) und die Bestimmung ihrer Höhe (z.B. die Dauer der Freiheitsstrafe oder die Anzahl und Höhe der Tagessätze bei der Geldstrafe) sowie andererseits auch der Einbezug aller präventiven Möglichkeiten, wie etwa des probeweisen Verzichts auf den Vollzug der Strafe (im Sinne des bedingt ausgesprochenen Strafvollzugs).²⁹

2. Strafzumessung i.e.S.

Bei der Strafzumessung i.e.S. handelt es sich demgegenüber um die gerichtliche oder – im Falle des Erlassens eines Strafbefehls – staatsanwaltschaftliche Bestimmung der Höhe einer im Einzelfall quantitativ festzulegenden Sanktion.³⁰

27 Vgl. etwa die Terminologie in Deutschland, wo teilweise zwischen «*Strafzumessung*» und «*Strafbemessung*» unterschieden wird (G. MAURER [1945], 12; SCHNEIDER [1979], 2).

28 DETTER, in: FS BGH, 690; JESCHECK/WEIGEND⁵, 871; P. SCHNEIDER (1979), 1; STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 2; StGB PK⁴-TRECHSEL/M. SEELMANN, Art. 47 N 4; BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 5; vgl. auch HAUSER (1985), 2.

29 GÖTTING (1997), 16; HAUSER (1985), 2; JESCHECK/WEIGEND⁵, 871; SCHALL/SCHIRRMACHER, Jura 1992, 515; P. SCHNEIDER (1979), 1f.; STRENG³, Rz. 479; zum Teil wird darunter auch die Anordnung von Massnahmen subsumiert (so etwa DUBS, ZStW 1982, 161), was gemäss vorliegender Ansicht jedoch unzutreffend ist, handelt es sich bei den Massnahmen doch nicht um «Strafen».

30 DUBS, ZStW 1982, 161; HAUSER (1985), 2; SCHALL/SCHIRRMACHER, Jura 1992, 515; STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 2; STRENG³, Rz. 479; VONLISZT/SCHMIDT²⁶, 420; BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 6; vgl. auch GÖTTING (1997), 16; HAFTER², 343; STOECKLIN (1971), 23; VON WERDT (1956), 16; anders etwa noch die Unterscheidung bei ALLEMANN (1917), 66.

Ausgangspunkt einer solchen gerichtlichen Strafzumessung i.e.S. bilden dabei stets die Strafen, die das Gesetz jeweils in den Besonderen Bestimmungen des Strafgesetzbuches oder in verschiedenen nebenstrafrechtlichen Erlassen androht.³¹ Die Strafen sind dabei grundsätzlich als *Strafrahmen* mit einem gesetzlichen Mindest- und/oder Höchstmass vorgegeben.³² An welcher Stelle innerhalb des Strafrahmens eines bestimmten Tatbestands die Strafe festgesetzt werden soll, wird dem Rechtsanwender nicht ersichtlich. Diese Aufgabe hat das Gericht gemäss den allgemeinen Bestimmungen zur Strafzumessung vorzunehmen. Es handelt sich bei der Strafzumessung mithin um einen Akt der Rechtsanwendung durch das Gericht, da es die Strafe nach den gesetzlichen Normierungen unter Beachtung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung festzusetzen hat.³³ Dem Gericht verbleibt dabei jedoch innerhalb des Entscheidungsfindungsprozesses ein Ermessensspielraum.

B. Was soll mit der Strafe erreicht werden? – Strafzwecke und Straftheorien

Stellt man sich die Frage, wie eine richtige Strafzumessung zu erfolgen hat, kommt man nicht umhin, sich zuerst damit zu befassen, was mit der Strafe überhaupt erreicht werden soll. Die Bestimmung der Strafzwecke ist wohl eine der gewichtigsten Voraussetzungen, um eine «richtige» Strafzumessung vornehmen zu können.³⁴ Ist nämlich unklar, aus welchem Grund eine Strafe ausgesprochen werden soll, kann auch keine korrekte Zumessung derselben erfolgen.³⁵ Je nach Zweck, der mit der Strafe verfolgt wird, ergibt sich eine

31 JOSITSCH/CONTE, AJP 2017, 368, 375; STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 1; s.a. DUBS, ZStW 1982, 161; VON LISZT/SCHMIDT²⁶, 420.

32 DIEZ (1944), 7; DUBS, ZStW 1982, 161; HAFTER², 341; P. SCHNEIDER (1979), 1; STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 1 f.; BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 19.

33 BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 13; vgl. auch BRUNS/GÜNTGE³, 23; DETTER, in: FS BGH, 690; JESCHECK/WEIGEND⁵, 871; LK StGB IV¹³-U. SCHNEIDER, Vor §§ 46-50 N 8.

34 Vgl. dazu BRUNS² (1985), 81; DERS., in: FS von Weber, 75; BRUNS/GÜNTGE³, 91; DIEZ (1944), 6; SSW StGB⁵-ESCHELBACH, § 46 N 18; FRISCH, in: Frisch, Schuld, 4 f.; KASPAR, in: Juristentag, C 22 f.; SCHERTENLEIB (1949), 52; SCHNELLE (1977), 7; LK StGB IV¹³-U. SCHNEIDER, Vor §§ 46-50 N 25; STAHL (2015), 20; BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 48; krit. dazu jedoch HÖRNLE², 6 f., die vorbringt, dass die «These, dass Strafzumessungsregeln aus der Straftheorie im engeren Sinne abzuleiten seien, [...] nicht überzeugend [ist]»; s.a. VON HIRSCH/JAREBORG (1991), 11 («Die Einrichtung des Strafrechts mag ganz oder teilweise auf präventiven Erwägungen beruhen. Nichtsdestoweniger können die Zuteilungskriterien [...] eher auf ethische als auf Gründe der Verbrechensverhütung zurückgeführt werden»).

35 Es gibt auch Stimmen, welche die Strafzwecklehre *nur* auf die Rechtsfolgen begrenzen wollen, s. etwa CALLIESS, in: FS Müller-Dietz, 99 f.

andere «richtige» oder «gerechte» Strafe.³⁶ Wer mit der Strafe etwa den Schuld- ausgleich zum Ziel hat, wird bei deren Festsetzung nicht präventive Erwägungen als Hauptzumessungspunkte vorbringen. Wer hingegen den präventiven Nutzen von Strafen hervorhebt, wird sich gegen eine Strafzumessung aufgrund reiner Schuldgesichtspunkte aussprechen. Nach wie vor ist jedoch die Frage nach der Rechtfertigung, dem Wesen und dem Sinn der Strafe eines der umstrittensten Probleme der Rechtswissenschaft.³⁷ Zwar sieht der Grossteil der h.L. im deutschsprachigen Raum die Aufgabe des heutigen Strafrechts im *Rechtsgüterschutz*, d.h. im Schutz von sozial anerkannten Gütern wie Leben, körperlicher Integrität, Freiheit und Eigentum, denen für ein geordnetes gesellschaftliches Zusammenleben erhebliche Bedeutung zukommt.³⁸ Jedoch besteht Uneinigkeit darüber, *auf welche Weise* der Schutz von Rechtsgütern gerade durch die Verhängung von Strafen erreicht werden kann.³⁹

Die Tatsache, dass das Aussprechen von Strafen durch den Staat schon eine lange Tradition geniesst, soll noch keine Antwort auf die Frage sein, ob die Verhängung von strafrechtlichen Sanktionen zwecks Rechtsgüterschutzes bzw. Sicherung (und Wiederherstellung) der sozialen Ordnung auch in einer modernen Gesellschaft noch eine alternativlose Notwendigkeit darstellt.⁴⁰ Zu denken wäre etwa stattdessen an die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands durch den Täter, die Verpflichtung zur Leistung von Schadenersatz und Genugtuung oder andere informelle Sanktionen wie die Bekundung von Missachtung und sozialer Ächtung.⁴¹ Insbesondere die Frage eines Täter- Opfer-Ausgleichs wird in der Lehre – und auch im Rahmen der Gesetzgebung – heute wieder vermehrt diskutiert⁴² und hat mit Art. 53 StGB, wonach von einer Strafe unter gewissen Umständen abgesehen werden kann, nämlich wenn der

36 BRUNS/GÜNTGE³, 91; LKStGBI⁸-JAGUSCH, Vor §13 BI 2; vgl. auch MCFATTER, in: Pfeiffer/Oswald, 183 ff.

37 CONINX, recht 2016, 157; JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 6 Fn. 27; NIGGLI, AJP 1994, 1053; s. zur Unterscheidung zwischen Rechtfertigung, Wesen und Sinn der Strafe JESCHECK/WEIGEND⁵, 64.

38 Vgl. FIOLOKA, ZStrR 2007, 134; GETH⁷, Rz. 3; HAFTER², 252; HOFFMANN-HOLLAND³, 4; B.-D. MEIER⁵, 3; SCHERTENLEIB (1949), 26; LK StGB IV¹³-U. SCHNEIDER, Vor §§46-50 N34.

39 HOFFMANN-HOLLAND³, 4.

40 Vgl. B.-D. MEIER⁵, 1.

41 B.-D. MEIER⁵, 2; STRATENWERTH AT I⁴, §2 N1.

42 Siehe etwa FELS/BLUM/RUCKSTUHL, forumpoenale 2022, 359 ff.; KANYAR (2008), *passim*; WOHLERS, AJP 2022, 459 ff.; s. etwa auch das im Rahmen der Revision der Strafprozessordnung diskutierte Konzept der «*justice restaurative*», das jedoch im Rahmen der aktuellen Revision nicht weiterverfolgt wurde (vgl. Medienmitteilung 2021 III; s. jedoch die von beiden Räten angenommene Motion 21.4336 vom 19. Oktober 2021 [Justice restaurative], wonach der Bundesrat beauftragt wird, eine Gesetzesgrundlage zur Verankerung der *justice restaurative* in der Strafprozessordnung unter Einbezug der Strafbefreiungsgründe gem. Art. 52 ff. StGB auszuarbeiten.).

Täter den Schaden gedeckt oder alle zumutbaren Anstrengungen unternommen hat, um das von ihm bewirkte Unrecht auszugleichen, auch Eingang in den revidierten Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuchs gefunden. Der Frage nach Alternativen zur Strafe soll im Folgenden jedoch nicht weiter nachgegangen werden, da sie als eine besondere Form staatlichen Zwanges zwecks Rechtsdurchsetzung nach wie vor als unentbehrlich erscheint⁴³ und eine umfassende und grundlegende Auseinandersetzung mit dieser Thematik den Rahmen der vorliegenden Abhandlung bei Weitem sprengen würde. Hier soll es vielmehr um die Frage gehen, welchen *Zweck* eine staatliche Strafe erfüllen soll und – insb. im Hinblick auf die Strafzumessung – welches *Mass* an Strafe erforderlich ist, um diesem Zweck Nachachtung zu verschaffen.

Im Kapitel zur Geschichte der Strafzumessung wird noch aufzuzeigen sein, wie sich die Festsetzung der «richtigen» Strafe, und damit auch deren Zweckgedanke, im Laufe der Zeit verändert hat.⁴⁴ In der heutigen Diskussion über die Strafzwecke im deutschsprachigen Raum wird üblicherweise von einer Dichotomie gesprochen, und insofern einerseits zwischen der *Vergeltung* sowie andererseits der *Vorbeugung* differenziert, aus denen sich der Sinn der Strafe ableiten lässt.⁴⁵ Bei der Vergeltung bezieht sich die Strafe auf eine vergangene Tat und will durch ihre Verhängung einen Ausgleich der geschehenen Rechtsverletzung erreichen.⁴⁶ Anknüpfungspunkt für die Vergeltung ist dabei die Schuld des Täters.⁴⁷ Im Sinne der Vorbeugung soll dagegen die Strafe als Mittel staatlich gelenkter Verhaltenskontrolle eingesetzt und dadurch das zukünftige Verhalten eines (allfälligen) Straftäters gelenkt werden.⁴⁸ Hierbei wird einerseits auf die Gefährlichkeit der betroffenen Person sowie andererseits auf die in jedem Menschen angelegte Bereitschaft zur Begehung von Straftaten Bezug genommen.⁴⁹ Man spricht in der Literatur bei diesen zwei grossen Gruppen auch von den «*absoluten*» und «*relativen*» Straftheorien.⁵⁰

43 Gemäss STRATENWERTH würde jede andere Strategie zur Verbrechensverhütung auf ein weit höheres Mass an Beschränkung der persönlichen Freiheit hinauslaufen (ATI⁴, § 2 N 2); vgl. auch B.-D. MEIER⁵, 5 («*In dem Gesamtsystem der sozialen Kontrolle nimmt das Strafrecht einen unverzichtbaren Platz ein*»).

44 Vgl. hinten I.C.

45 JESCHECK/WEIGEND⁵, 66; JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 6; BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 50; ein Teil der Lehre geht auch noch von einem dritten Grundgedanken der «*Wiedergutmachung*» aus, vgl. dazu etwa HENKEL (1969), 12, sowie die Grafik bei JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 7.

46 CONINX, recht 2016, 158; JESCHECK/WEIGEND⁵, 66; B.-D. MEIER⁵, 18.

47 JESCHECK/WEIGEND⁵, 66.

48 CONINX, recht 2016, 158; JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 6.

49 JESCHECK/WEIGEND⁵, 66.

50 GETH⁷, Rz. 62; JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 6; SCHMIDHÄUSER² (1971), 18.

Diese Theorien sollen im Folgenden dargelegt werden, um ein Verständnis für die unterschiedlichen Strafzwecke zu erhalten. Es ist dabei darauf hinzuweisen, dass die Frage nach der Begründung einer Strafe von der Problematik zu unterscheiden ist, wie staatliche Eingriffe *begrenzt* werden können, wie hoch die Strafe also ausfallen kann bzw. darf.⁵¹ Insbesondere die letzte Frage ist für die Strafzumessung i.e.S. relevant und entsprechend eingehender zu untersuchen.

1. Absolute Straftheorien

a. Allgemeines

Gemäss den *absoluten* Straftheorien ergibt sich die Bedeutung der Strafe allein aus dem ihr immanenten Sinn: Die Strafe stellt Vergeltung für die schuldhaft begangene Tat sowie Genugtuung für die Verletzung der Rechtsordnung dar und dient der Wiederherstellung der Gerechtigkeit durch Schuldausgleich und Sühne, nicht jedoch realen Nützlichkeitszwecken.⁵² Sie hat damit einen reinen Selbstzweck inne; sie muss sein, weil Gerechtigkeit herrschen soll.⁵³ Rechtfertigungen der Strafverhängung durch Zweckgedanken, etwa der Abschreckung, würde in den Augen der Vertreter der absoluten Straftheorien eine unzulässige Instrumentalisierung der Strafe darstellen.⁵⁴ Aufgrund dieser fehlenden Begründung in Bezug auf gesellschaftliche Folgenorientierung werden solche Theorien als *absolut* (lat. *absolutus* = losgelöst) bezeichnet.⁵⁵ Diese Bezeichnung als von jeglichem Zweck losgelöste Anschauung ist jedoch in ihrer Unbedingtheit nicht ganz korrekt. Denn auch eine absolute Vergeltungstheorie ist – zumindest indirekt – nicht frei von allen Nützlichkeitsbewertungen, soll sie doch etwa eine freiheitliche gesellschaftliche Ordnung garantieren und den Rechtsfrieden sichern.⁵⁶

Ausgestaltungen der absoluten Straftheorien fanden sich bereits innerhalb vormaliger staatsähnlicher Organisationsformen. So entstammt der Begriff «Vergeltung» etwa dem germanischen Sprachraum; das althochdeutsche

51 HÖRNLE², 4.

52 HOFFMANN-HOLLAND³, 5; KREY/ESSER⁴, Rz. 132; MEYLAN (2019), 21; MOOS, in: FS Pallin, 284; NIGGLI, AJP 1994, 1053 f.; NIGGLI/MAEDER, AJP 2011, 444; REHBERG⁷, 2; ROXIN/GRECO⁵, § 3 N 2; SCHMIDHÄUSER² (1971), 18; SCHNELLE (1977), 7; LK StGB IV¹³-U. SCHNEIDER, Vor §§ 46-50 N 26; STAHL (2015), 55; BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 51; vgl. auch STRATENWERTH AT I⁴, § 2 N 3.

53 ROXIN, JuS 1966, 377; vgl. auch GETH⁷, Rz. 63.

54 HOFFMANN-HOLLAND³, 5.

55 GETH⁷, Rz. 62; HOFFMANN-HOLLAND³, 5; KREY/ESSER⁴, Rz. 132.

56 CONINX, recht 2016, 158, 161; vgl. auch M. KÖHLER (1997), 43.

Wort «fargeltan» entwickelte sich zur «Vergeltung».⁵⁷ Es stammte ursprünglich aus dem Geschäftsleben und bedeutete so viel wie «Gegenleistung in Geld, Zurückzahlung».⁵⁸ Daraus entwickelte sich eine sittlich-juristische Bedeutung im Sinne von «vergüten» oder «rächen».⁵⁹ Die Konzeption der Strafe als ausgleichende Vergeltung hat sich seit dem Altertum mit einer gewissen Selbstverständlichkeit gehalten: Die Strafe sollte in ihrer Art und Höhe der Schwere des begangenen Delikts entsprechen, wofür zu früherer Zeit insb. das sog. *Talionsprinzip* – Auge um Auge, Zahn um Zahn – bemüht wurde.⁶⁰

Insbesondere im Mittelalter sollten hoheitlich verhängte Strafen begangenes Unrecht vergelten, um unkontrollierten Rachehandlungen der verletzten Personen oder von deren Angehörigen – oft begangen im Rahmen einer Fehde – entgegenzuwirken.⁶¹ Das Ziel war es, das Recht zur Vergeltung zu prozeduralisieren und die Ausübung der Strafe auf eine neutrale und Frieden schaffende Instanz der Obrigkeit zu übertragen.⁶² Im Hochmittelalter nahm sodann der Einfluss des Kirchenrechts auf das Strafrecht zu und führte zu einer frühen Form des Schuldprinzips, oftmals unter Heranziehung von vergeltenden «peinlichen» Strafen.⁶³ Es handelte sich dabei um die auf der christlichen Ethik basierende *Vergeltung des Ordnungsbruches*.⁶⁴ Im kirchlichen Weltbild, das von einem sündigen Menschen ausging, sollte die persönliche Schuld durch Strafe ausgeglichen werden.⁶⁵ Im deutschsprachigen Raum entstand schliesslich 1532 die *Constitutio Criminalis Carolina*, die ebenfalls zum Ziel hatte, Gerechtigkeit durch Strafe aus der Hand des Staates herzustellen.⁶⁶

b. Die Lehren Kants und Hegels

Die absoluten Straftheorien hatten über eine lange Zeit einen überragenden Einfluss in der Wissenschaft, was sich aber nicht unbedingt (nur) aus ihrer

57 P. HOFFMANN (1995), 4.

58 GRIMM/GRIMM, Bd. 25, Sp. 411.

59 P. HOFFMANN (1995), 4

60 ROXIN/GRECO⁵, § 3 N 2; STAHL (2015), 56.

61 BRÄGGER/ZANGGER (2020), Rz. 504; JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 8; ROXIN/GRECO⁵, § 3 N 2; STEINBERG, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius, Bd. 1, § 5 N 25.

62 ROXIN/GRECO⁵, § 3 N 2.

63 PIETH², 22; RÜPING/JEROUSCHEK⁶, Rz. 30 ff.; STEINBERG, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius, Bd. 1, § 5 N 25; als «peinlich» wurden ab dem späten Mittelalter diejenigen öffentlichen Strafen bezeichnet, welche insb. mit körperlichen Schmerzen verbunden waren (Leibes- und Todesstrafen, seltener auch Ehren- und Kirchenstrafen), s. MAIHOLD, in: Cordes et al., Sp. 462; WADLE, in: Fried, 237; vgl. auch hinten I.C.1.

64 GETH⁷, Rz. 61.

65 JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 10.

66 Dazu ausführlich hinten I.C.1.

Plausibilität ergab, sondern auch aus dem Gedankengut des (deutschen) Idealismus als solchem und der Bedeutsamkeit seiner philosophischen Vertreter.⁶⁷ Zu einem der bedeutendsten Verfechter der Vergeltungstheorie zählt IMMANUEL KANT mit seinen Äusserungen zum Strafrecht in «Die Metaphysik der Sitten».⁶⁸ Bekannt ist in diesem Zusammenhang insb. das von ihm verwendete «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 gedungen hat.»⁶⁹ Die Strafe muss gemäss KANTS Aussagen losgelöst von gesellschaftlichen und individuellen Nützlichkeitsüberlegungen zwecks Erreichung einer höheren Gerechtigkeit verhängt werden, da es sich beim Strafgesetz um einen «kategorischen Imperativ» handle.⁷⁰ Strafe muss nach seinem Inselbeispiel daher auch sein, wenn Staat und Gesellschaft nicht mehr bestehen.

KANT verspottete des Weiteren präventive Anschauungen der Straf Begründung als «Schlangenwindungen der Glückseligkeitslehre».⁷¹ Nur das Wiedervergeltungsrecht (*ius talionis*) könne die Qualität und Quantität der Strafe bestimmen: «[W]as für unverschuldetes Übel du einem anderen im Volk zufügst, das tust du dir selbst an. Beschimpfst du ihn, so beschimpfst du dich selbst; bestiehlst du ihn, so bestiehlst du dich selbst; schlägst du ihn, so schlägst du dich selbst; tötest du ihn, so tötest du dich selbst.»⁷² KANT suggerierte damit jedoch nicht, dass dem Dieb ebenfalls ein Diebstahl angetan werden solle. Dies sei seiner Ansicht nach schon allein wegen des Unterschieds der Stände ausgeschlossen: «der des Geldes viel hat, kann diese [Verbalinjurie,

67 ROXIN/GRECO⁵, §3 N3.

68 KANT, in: Königlich Preussische Akademie der Wissenschaften, § 49 E. I., 331 ff.

69 KANT, in: Königlich Preussische Akademie der Wissenschaften, § 49 E. I., 333.

70 KANT, in: Königlich Preussische Akademie der Wissenschaften, § 49 E. I., 331 («[...] der Mensch kann nie bloss als Mittel zu den Absichten eines anderen gehandhabt und unter die Gegenstände des Sachenrechts gemengt werden, [...]. Er muss vorher strafbar befunden sein, ehe noch daran gedacht wird, aus dieser Strafe einigen Nutzen für ihn selbst oder seine Mitbürger zu ziehen. Das Strafgesetz ist ein kategorischer Imperativ [...]»); s. dazu R. BRANDT, in: Koch et al., 180 f.; EASTON/PIPER⁴, 54; B.-D. MEIER⁵, 19; PIETH², 69; W. SCHMID (1969), 5; SCHNELLE (1977), 8; SPYCHER (2013), 76; STEINBERG, in: Schulze et al., 175 ff.; VORMBAUM⁴, 35.

71 KANT, in: Königlich Preussische Akademie der Wissenschaften, § 49 E. I., 331 («[...] wehe dem! welcher die Schlangenwindungen der Glückseligkeitslehre durchkriecht, um etwas aufzufinden, was durch den Vorteil, den es verspricht, ihn von der Strafe, oder auch nur einem Grade derselben entbinde [...]»).

72 KANT, in: Königlich Preussische Akademie der Wissenschaften, § 49 E. I., 332.

die zu einer Geldstrafe führt] sich wohl einmal zur Lust erlauben»; die Strafe habe deshalb *der Wirkung nach* gleich zu sein.⁷³ Eine Ausnahme davon sah KANT im Falle einer Tötung vor, da zwischen dem Tod und einem «noch so kummervollen Leben» keine Gleichartigkeit bestehen könne. Einem Mörder sei daher nur mit der Todesstrafe zu begegnen.⁷⁴ Dabei gilt es zu bemerken, dass KANT nicht verneinte, dass Strafe auch präventive Wirkungen ausüben könne; dieser «Nebeneffekt» sei aber nicht als Legitimationsgrund der Strafe heranzuziehen.⁷⁵

Als einflussreicher Vertreter der absoluten Straftheorie gilt auch GEORG WILHELM FRIEDRICH HEGEL, der zwei verschiedene absolute Konstruktionen zur Legitimation von Strafe aufführt: Die erste Legitimation präsupponiert dabei die grundsätzliche Vernunft eines Straftäters.⁷⁶ Dieser «vernünftige» Täter behaupte nun bei der Begehung einer Straftat, dass die seiner Tat (von ihm selbst) aufgestellte Maxime universell anwendbar sei.⁷⁷ Dafür nannte HEGEL etwa folgendes Beispiel: «Als Mörder stellt [der Täter] das Gesetz auf, dass das Leben nicht zu respektieren sei [...], damit aber spricht er sich sein Todesurteil selbst aus.»⁷⁸ Würde diese vom Täter selbst aufgestellte Maxime nun auf ihn selbst angewendet, widerspräche er sich im Falle von deren Ablehnung selbst.⁷⁹ HEGEL führte diesbezüglich weiter aus, dass «die Strafe [...] als sein eigenes Recht enthaltend angesehen» und dadurch der Täter «als Vernünftiges geehrt» werde; ergäbe sich der Begriff und der Massstab einer jeweiligen Strafe nicht aus der jeweiligen Tat selbst, werde «diese Ehre [...] ihm nicht zuteil.» Dies gelte auch, «wenn [der Täter] nur als schädliches Tier betrachtet wird, das unschädlich zu machen sei, oder in den Zwecken der

73 KANT, in: Königlich Preussische Akademie der Wissenschaften, § 49 E. I., 332 («*Nun scheint es zwar, dass der Unterschied der Stände das Prinzip der Wiedervergeltung Gleiches mit Gleichem nicht verstatte; aber, wenn es gleich nicht nach dem Buchstaben möglich sein kann, so kann es doch der Wirkung nach, respektive auf die Empfindungsart der Vornehmeren, immer geltend bleiben*»).

74 KANT, in: Königlich Preussische Akademie der Wissenschaften, § 49 E. I., 333 («*Hat er aber gemordet, so muss er sterben. Es gibt hier kein Surrogat zur Befriedigung der Gerechtigkeit [...]*»); vgl. auch EASTON/PIPER⁴, 54; SPYCHER (2013), 83.

75 Dazu VORMBAUM⁴, 36.

76 HEGEL, in: Brandt, § 100 («*als eines Vernünftigen Handlung*»); vgl. auch EASTON/PIPER⁴, 55.

77 HEGEL, in: Brandt, § 100 («*Denn in seiner als eines Vernünftigen Handlung liegt, dass sie etwas Allgemeines, dass durch sie ein Gesetz aufgestellt ist, das er in ihr für sich anerkennt hat, unter welches er also als unter sein Recht subsumiert werden darf [...]*»); s. dazu K. SEELMANN (1995), 88.

78 HEGEL, in: Illting, § 100.

79 Vgl. dazu K. SEELMANN (1995), 88; s.a. DERS., in: von Hirsch / Neumann / K. Seelmann, 79 ff.

Abschreckung und Besserung».⁸⁰ Durch die Strafe solle die Aufhebung der durch die Straftat begangenen Verletzung erreicht werden.⁸¹

Die zweite Straflegitimation HEGELS geht davon aus, dass die Straftat durch eine durch den Straftäter begangene Verletzung eines wechselseitigen Anerkennungsverhältnisses «in sich nichtig» sei.⁸² Nach HEGELS Auffassung sei diese gegenseitige Anerkennung zwischen den Menschen Voraussetzung der eigenen Existenz als Rechtssubjekt.⁸³ Entziehe der Täter dem Opfer nun durch seine Tat die geschuldete Anerkennung als Rechtssubjekt, entziehe er sich dadurch gleichzeitig selbst die Anerkennung, da sie auf Gegenseitigkeit beruhe.⁸⁴ Durch die ausgesprochene Strafe werde sodann wieder ein auf Gleichheit beruhendes Rechtsverhältnis geschaffen, da hierdurch der Täter ebenfalls in seinem Rechtsstatus erniedrigt werde.⁸⁵ Die Strafe solle dem entsprechen, was der Täter selbst getan habe, wobei jedoch ausreiche, wenn sie nach ihrem Wert vergleichbar sei; Raub könne so etwa mit Gefängnisstrafe ausgeglichen werden.⁸⁶ Obwohl HEGEL der Begrenzung der Todesstrafe – zu einem grossen Teil aufgrund der Schriften von CESARE BECCARIA – grundsätzlich positiv gegenüberstand, stimmte er wie KANT darin überein, dass das menschliche Leben dem Wert nach mit nichts zu vergleichen sei. Ein Mord könne mithin nur durch die Todesstrafe ausgeglichen werden.⁸⁷

c. Kritik an den absoluten Straftheorien

An Einwänden gegen die absoluten Straftheorien – insb. in Bezug auf die Lehren von KANT – mangelt es nicht. Im Folgenden soll eine kurze Übersicht über die häufigsten Kritikpunkte gegeben werden, ohne jedoch zu jedem einzelnen

80 HEGEL, in: Brandt, § 100; vgl. auch MONTENBRUCK (2020), 60.

81 HEGEL, in: Brandt, § 100 («Das Aufheben des Verbrechens ist insofern Wiedervergeltung, als sie dem Begriffe nach Verletzung der Verletzung ist [...]»); s.a. PIETH², 69.

82 HEGEL, in: Brandt, § 97 («Die geschehene Verletzung des Rechts als Rechts ist zwar eine positive, äusserliche Existenz, die aber in sich nichtig ist. Die Manifestation dieser ihrer Nichtigkeit ist die ebenso in die Existenz tretende Vernichtung jener Verletzung, – die Wirklichkeit des Rechts, als seine sich mit sich durch Aufhebung seiner Verletzung vermittelnde Notwendigkeit [...]»); dazu K. SEELMANN (1995), 88 f.

83 WILDT (1982), 320 ff.

84 K. SEELMANN (1995), 89.

85 Siehe dazu K. SEELMANN (1995), 67, 89.

86 HEGEL, in: Brandt, § 100 («Gleichheit bleibt nur die Grundregel für das Wesentliche, was der Verbrecher verdient hat, aber nicht für die äussere spezifische Gestalt dieses Lohns. Nur nach der letzteren sind Diebstahl, Raub und Geld-, Gefängnisstrafe [...] schlechthin Ungleiche, aber nach ihrem Werte, ihrer allgemeinen Eigenschaft, Verletzungen zu sein, sind sie Vergleichbare [...]»); vgl. auch EASTON/PIPER⁴, 55; SCHMIDHÄUSER² (1971), 22.

87 HEGEL, in: Iltting, § 100 («Das Leben ist ein anderes, denn es ist der ganze Umfang des Daseins, in Betreff auf dieses also muss die Wiedervergeltung genau abgemessen werden. Auf Mord ist Todesstrafe gesetzt»).

Stellung zu nehmen. Einer tiefergehenden Auseinandersetzung bedarf es an dieser Stelle nicht; sofern notwendig, wird auf einzelne Vorbringen hinten aber noch gesondert einzugehen sein.

An den absoluten Straftheorien wird zum einen kritisiert, dass die Schuld als komplexer Begriff empirisch nicht überprüft werden könne.⁸⁸ Dem ist insofern zuzustimmen, als die Verwirklichung einer geforderten höheren Gerechtigkeit im Sinne eines metaphysischen Geschehens als Wert für sich allein in keiner Weise greifbar ist.⁸⁹ Damit verbunden ist auch die Frage, warum Gerechtigkeit nur mit einer Strafe im Sinne einer Übelzufügung erreicht werden kann, und nicht auch mit Schadenersatz oder sonstiger Wiedergutmachung.⁹⁰

Des Weiteren wird gegen die absoluten Theorien vorgebracht, dass in einem aufgeklärten demokratischen Staat nur zu dem Zweck gestraft werden dürfe, das Zusammenleben der Gemeinschaft zu sichern.⁹¹ Nimmt man mit dem Grossteil der h.L. im deutschsprachigen Raum an, dass die hauptsächliche Aufgabe des Strafrechts im Rechtsgüterschutz besteht,⁹² so dürfte es sich zwecks Erfüllung dieser Aufgabe nicht einer Strafe bedienen, die ihre Begründung auf keinen sozialen Zweck abstützt.⁹³ Folgte man nämlich einem losgelösten Zweckgedanken der reinen Vergeltung, würde auch bestraft werden, selbst wenn diese Strafe die allgemeine Kriminalität anwachsen liesse und nichts zur Förderung des Zusammenhalts einer Gemeinschaft und des Rechtsgüterschutzes beitragen würde.⁹⁴ Solches könne einerseits grundsätzlich kein erstrebenswertes Ziel einer vernünftigen Kriminalpolitik sein, und andererseits verliere die Strafe ihre gesellschaftliche Legitimation, wenn sie selbst nicht mehr den Aufgaben des Strafrechts diene.⁹⁵ Dieser Kritikpunkt hat durchaus seine Berechtigung. Anders gesagt handelt es sich bei einer Strafe nämlich um einen Grundrechtseingriff,⁹⁶ der innerhalb der verfassungsmässigen Vorgaben

88 HART-HÖNIG (1992), 39; KASPAR, in: Juristentag, C 23; LÜDERSEN, in: Hassemer/Lüderssen/Naucke, 59; SCHNELLE (1977), 11; SCHULTZ, JZ 1966, 115.

89 Siehe auch BSK StGB⁴-BOMMER, Vor Art. 19 N 47; P. NOLL (1962), 6.

90 CONINX, recht 2016, 161; HOERSTER (2012), 34; B.-D. MEIER⁵, 20; STRATENWERTH AT I⁴, § 2 N 10.

91 BSK StGB⁴-BOMMER, Vor Art. 19 N 47; EASTON/PIPER⁴, 56; NAY, ZStrR 1994, 182; NIGGLI/MAEDER, AJP 2011, 445; SCHNELLE (1977), 11; SCHULTZ, JZ 1966, 114.

92 Vgl. vorne I.B.

93 JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 12; KASPAR, in: Juristentag, C 23; ROXIN/GRECO⁵, § 3 N 8; s.a. schon STOOSS, ZStrR 1901, 386.

94 EASTON/PIPER⁴, 56; HOFFMANN-HOLLAND³, 6; HURTADO POZO², Rz. 909; KASPAR, in: Juristentag, C 23.

95 NIGGLI, AJP 1994, 1054; ROXIN/GRECO⁵, § 3 N 8.

96 Vgl. BGer, Urteil 6B_608/2018 vom 28. Juni 2018, E. 1.1.

begründet werden muss. Vergeltung als Strafbegründung würde aus sich selbst heraus jedoch nicht erklären, *warum* auf eine persönliche Schuld des Täters eine Strafe folgen muss.⁹⁷ Vielmehr kann bzw. darf der Staat nur in die Rechtssphäre des Einzelnen eingreifen, wenn dies zur Erfüllung seiner staatlichen Aufgaben notwendig ist.⁹⁸ Der Ausgleich von Schuld allein stellt nun aber keine Staatsaufgabe dar; der Staat muss vielmehr das friedliche Zusammenleben seiner Bürger sichern und dafür den Rechtsgüterschutz gewährleisten.⁹⁹

Sodann wird kritisiert, dass auch die aus ihr hervorgehenden sozialpolitisch unerwünschten Folgen gegen die Vergeltungstheorie sprächen. Wenn der Vollzug einer Freiheitsstrafe ein ausgleichendes Übel darstellen solle, so könne dadurch eine der Ursachen für die Verübung von Straftaten, nämlich die geschädigte Sozialisation, nicht geheilt werden, sondern würde sich vielmehr noch verschlimmern und die Strafe stelle daher kein geeignetes Mittel zur Verbrechensbekämpfung dar.¹⁰⁰

Schliesslich setzt das Vorliegen von Schuld eine dahingehende Willensfreiheit des Täters voraus, sich zum Tatzeitpunkt anders zu entscheiden und von der Tat abzusehen. Ansonsten könnte ihm sein Delikt gar nicht persönlich vorgeworfen werden.¹⁰¹ Über das Vorliegen einer solchen Freiheit alternativer Handlungsmöglichkeiten wird bis heute zwischen Deterministen und Indeterministen gestritten.¹⁰² Selbst wenn man von einer Willensfreiheit des Täters ausgehen könnte, bliebe immer noch fraglich, welchen Entscheidungsspielraum er in seiner konkreten sozialen Situation zum Zeitpunkt der Tat gehabt hätte.¹⁰³ Wie noch zu zeigen sein wird, kann sich das menschliche Verhalten aus einem vielschichtigen Zusammenspiel unterschiedlichster (sozialer) Faktoren ergeben, die Einfluss auf die individuelle Entscheidungsfindung haben können.¹⁰⁴

97 HÖRNLE², 18, 20; SCHMIDHÄUSER² (1971), 44; vgl. auch WEIGEND, in: von Hirsch/Neumann/K. Seelmann, 31f.

98 FRISCH, ZStW 1987, 367; vgl. auch CALLIESS, in: FS Müller-Dietz, 112.

99 FRISCH, ZStW 1987, 368; KASPAR, in: Juristentag, C 24; NAY, ZStrR 1994, 182; ROXIN, in: FS Kaufmann, 522; STAHL (2015), 57; so schon ausdrücklich der deutsche Bundesgerichtshof in BGH, Urteil 1 StR 353/70 vom 8. Dezember 1970: *«die Strafe [hat] nicht die Aufgabe [...], Schuld ausgleich um ihrer selbst willen zu üben, sondern [ist] nur gerechtfertigt [...], wenn sie sich zugleich als notwendiges Mittel zur Erfüllung der präventiven Schutzaufgabe des Strafrechts erweist [...]»*; vgl. auch SCHNELLE (1977), 11.

100 ROXIN/GRECO⁵, § 3 N 9.

101 STRATENWERTH AT I⁴, § 2 N 5.

102 P. ALBRECHT, ZStrR 2017, 445f.; BSK StGB⁴-BOMMER, Vor Art. 19 N 7ff.; EGE, ZStrR 2017, 299ff.; GETH⁷, Rz. 209ff.; K. MÜLLER, Schw.R. 1901, 170ff.; T. NOLL, NZZ vom 22. Oktober 2016, 12; TRECHSEL/P. NOLL/PIETH⁷, 144f.; s.a. schon EDLIN, SJZ 1934, 215ff.; vgl. auch AVRIGEANU (2006), 167ff.

103 STRATENWERTH AT I⁴, § 2 N 6.

104 Vgl. hinten I.D.2.a.a1.; STRATENWERTH AT I⁴, § 2 N 6.

d. Heutige Ausgestaltung absoluter Strafzwecke

Heute ist grösstenteils nicht mehr umstritten, dass diese Straftheorie in ihrer alten «absoluten» Form nicht mehr haltbar ist.¹⁰⁵ Insbesondere ist die von KANT aus dem Wiedervergeltungsrecht abgeleitete Befürwortung der Todesstrafe abzulehnen. Ein nur auf Vergeltung gerichtetes und keine weiteren sozialen Zwecke anstrebendes Strafrecht wird aktuell auch kaum mehr vertreten.¹⁰⁶ War die Vergeltung zwar ursprünglich eine rein negative Reaktion auf eine begangene Straftat, hat sich die Interpretation des Begriffs seit der Aufklärung stark gewandelt: Das heutige Verständnis retributiven Strafens hat denn auch nichts mehr mit dem Talionsprinzip zu tun, das eine Bestrafung im Sinne von «Auge um Auge, Zahn um Zahn» forderte.¹⁰⁷ Wie besehen, vertraten schon KANT und HEGEL – in unterschiedlichem Ausmass – die Auffassung, dass eine Strafe grundsätzlich nur *nach ihrem Wert* vergleichbar sein müsse.¹⁰⁸ Vergeltung nach heutigem Verständnis bedeutet, dass die Strafe eine Antwort auf begangenes Unrecht darstellen und im Sinne der Gerechtigkeit gleichwertig hinsichtlich der dem Unrecht zugrundeliegenden persönlichen Schuld – gleichbedeutend mit dem Zurückbleiben hinter geltenden sozialen Anforderungen – sein soll; eine auf dieser Grundlage basierende Vergeltung hat nichts mit Rache im Namen der Gesellschaft zu tun.¹⁰⁹

Wie bereits dargelegt wurde, kann die Schuld allein jedoch keine Strafbegründung aus sich selbst heraus ableiten, da es nach gegenwärtiger Auffassung nicht Aufgabe des Staates ist, Schuld zu vergelten.¹¹⁰ Vergeltung wird heute vielmehr als eine Art *Massprinzip* angesehen, wonach die repressive Funktion der Strafe im *Schuldausgleich* liegen soll¹¹¹ – davon gilt es Vormerk zu nehmen, wenn im späteren Verlauf dieser Arbeit die Frage nach der «richtigen» Strafhöhe gestellt wird.¹¹² Jedoch kommt der Schuld insofern Straf-

105 BSK StGB⁴-BOMMER, Vor Art. 19 N 47.

106 Vgl. NIGGLI/MAEDER, AJP 2011, 445; STRATENWERTH AT⁴, § 2 N 14; VON LISZT/SCHMIDT²⁶, 32.

107 Vgl. CONINX, Contra Legem 2019/2, 27; B.-D. MEIER⁵, 19.

108 Siehe vorne I.B.1.b.

109 JESCHECK/WEIGEND⁵, 67; B.-D. MEIER⁵, 19; ROXIN, ZStrR 1987, 356 ff.; SCHNELLE (1977), 10; TODT (1912), 8; s. zum *modern retributivism* ASHWORTH⁶, 93 ff.; EASTON/PIPER⁴, 58 f.; VON HIRSCH, in: von Hirsch/Ashworth Roberts, 115 ff.; DERS. (2017), *passim*; vgl. auch HAFTER², 256 («Der Gesetzgeber sowohl wie der den Einzelfall beurteilende Richter werden nie den Leitstern der gerechten Vergeltung aus dem Auge verlieren dürfen»); WALTER, JZ 2019, 650.

110 Siehe hinten I.D.2.

111 CONINX, recht 2016, 160; JESCHECK/WEIGEND⁵, 67; B.-D. MEIER⁵, 21; ROXIN/GRECO⁵, § 3 N 7; SCHMIDHÄUSER² (1975), 108; BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 52.

112 Siehe dazu m.w.H. hinten I.D.2.

begründungscharakter zu, als eine Strafe *ohne* Schuld nicht möglich ist.¹¹³ Wird somit heute die Schuld als Rechtfertigung der Strafe herangezogen, gilt sie grundsätzlich nur als notwendige, aber nicht hinreichende Bedingung für deren Begründung.¹¹⁴ Im Unterschied zu KANT müssen heute auch bei den absoluten Straftheorien gesellschaftlich nützliche Zwecke als Legitimationsvoraussetzung berücksichtigt werden.¹¹⁵ In anderen Worten: Die Schuld allein fordert nie eine Strafe, ihr Fehlen schliesst aber eine Strafe aus.¹¹⁶

Neben einer solchen Begründung der Strafe kann die Vergeltungstheorie, die treffender nur noch als Schuldtheorie bezeichnet werden sollte, auch für eine weitere Aufgabe herangezogen werden: Sie *begrenzt* das Ausmass der Strafe auf einen gerechten Ausgleich des schuldhaft begangenen Unrechts.¹¹⁷ Eine schuldangemessene Strafe hat in diesem Sinne der (vorwerfbaren) Tat zu entsprechen und darf nicht über dieses Mass hinausgehen. Es ist daher nach dem Schuldprinzip verboten, im Falle geringen Verschuldens durch eine drakonische Strafe ein Exempel zwecks Abschreckung Dritter zu statuieren, wodurch der Täter zu einem blossen Objekt degradiert würde.¹¹⁸ Insofern kommt dem Schuldgedanken – entgegen dem (noch) verbreiteten Verständnis, wonach er mit übermässiger Punitivität gleichgesetzt wird¹¹⁹ – eine freiheitswahrende Funktion zu.¹²⁰

Will man nun eine Strafe auf die moderne absolute Straftheorie abstützen, muss es möglich sein, die individuelle Schuld je nach ihrer Schwere abzuwiegen. Ferner ist vorausgesetzt, dass Schuldgrad und Strafhöhe miteinander in Einklang gebracht werden können, es also eine Art Umrechnungsschlüssel dafür geben muss, um von der Gesellschaft als «gerecht» empfunden zu werden.¹²¹ Im Rahmen der Strafzumessung stösst v.a. der zweite Punkt auf bislang grosse Schwierigkeiten.¹²² Wie bereits bei der Kritik zu den absoluten

113 BSK StGB I⁴-BOMMER, Vor Art. 19 N 3; GETH⁷, Rz. 208 ff.; StGB PK⁴-TRECHSEL/FATEH-MOGHADAM, Art. 19 N 0.

114 STRATENWERTH AT I⁴, § 2 N 14.

115 GETH⁷, Rz. 62; STRATENWERTH AT I⁴, § 2 N 14; vgl. auch BUCHWALD, JR 1948, 144; ROXIN, GA 2015, 186 f.; VON LISZT / SCHMIDT²⁶, 32.

116 ROXIN, in: FS Kaufmann, 522; SCHMIDHÄUSER² (1975), 108; vgl. auch hinten I.D.2.

117 P. ALBRECHT, SJZ 1983, 264; B.-D. MEIER⁵, 21; HIRSCH, in: Kohlmann, 639; NIGGLI/MAEDER, in: MH Hurtado Pozo, 312; REHBERG⁷, 2; ROXIN, in: FS Kaufmann, 529; DERS., JuS 1966, 385; ROXIN/GRECO⁵, § 3 N 51; s. dazu ausführlich hinten I.D.2.a.

118 Siehe dazu eingehend hinten I.B.2. und I.D.2.

119 Vgl. CONINX, ContraLegem 2019/2, 27; DIES., recht 2016, 160; HÖRNLE², 17; NIGGLI/MAEDER, AJP 2011, 444; s.a. MEYLAN (2019), 24.

120 CALLIESS, in: FS Müller-Dietz, 115 f.; ROXIN, in: FS Kaufmann, 522; ROXIN/GRECO⁵, § 3 N 7, 51.

121 JESCHECK/WEIGEND⁵, 67; s. m.w.H. CONINX, recht 2016, 160.

122 Siehe dazu hinten I.D.2.c.

Straftheorien ausgeführt wurde, ist die Schuld ein komplexer, schwer messbarer Begriff, über dessen Inhalt weiterhin keine Einigkeit besteht. So wird zwar festgehalten, dass die Strafe gleichwertig bzw. proportional zur verschuldeten Tat sein soll, welche konkrete Strafhöhe jedoch diese Kriterien erfüllt, ist unklar. Vertreter der modernen retributiven Straftheorien beschäftigen sich daher eingehend damit, wie das Ausmass einer tatproportionalen Strafe präziser bestimmt werden kann.¹²³ Dazu gilt es einerseits zu bestimmen, wie weit das Spektrum an Sanktionen gehen, d.h., welches die geringste sowie die höchste mögliche Strafe sein soll. Andererseits müssen die einzelnen Straftatbestände untereinander abgestuft bzw. in ein Verhältnis gesetzt werden.¹²⁴ Der Vorteil der heutigen retributiven Straftheorien ist dabei gleichsam auch ihr Nachteil: Die Strafe ist anhand der Schuld zu bestimmen, die gleichwertig, d.h. gerecht hinsichtlich der verschuldeten Tat und im Vergleich zu anderen Strafen sein muss. Jedoch besteht das Problem, dass nicht klar ist, *was* eine schuldangemessene Strafe ist. Darauf wird hinten unter I.D.2. noch genauer einzugehen sein.

2. Relative Straftheorien

a. Allgemeines

Werden staatliche Eingriffe – im Sinne von Strafen – daran gemessen, was sie für den Bestand der gesellschaftlichen Ordnung zu leisten imstande sind, rückt neben einer «gerechten» Strafe – bezogen auf das begangene schuldhaftige Unrecht – unausweichlich der Gedanke der Prävention in den Fokus. Im Unterschied zu den absoluten Theorien sehen die *relativen* Straftheorien den Zweck der Strafe insb. in deren gesellschaftlich nützlicher Wirkung, etwa in der Verhinderung, d.h. der Prävention, zukünftiger Delikte.¹²⁵ Strafe soll gerade kein Selbstzweck sein.¹²⁶ Die Theorien werden als relativ bezeichnet, weil sie sich auf den Zweck der Verbrechensverhütung beziehen (lat. *referre* =

123 CONINX, recht 2016, 160.

124 ASHWORTH, *The Criminal Law Review* 1989, 342 ff.; CONINX, recht 2016, 160; für Straftaten gegen Individualinteressen wurde etwa die Vorgehensweise entwickelt, dass die Straftaten in ihrer Schwere danach abgestuft werden, welchen Einfluss sie normalerweise auf die Lebensqualität der Opfer zeitigen, s. dazu ASHWORTH⁶, 116 f.; HÖRNLE, in: Frisch/von Hirsch/Albrecht, 107 ff.; VON HIRSCH/JAREBORG (1991), 44 f.; DIES., *Oxford Journal of Legal Studies* 1991, 1 ff.; s. zu diesem Punkt auch hinten I.C.9.

125 BAUMANN⁵, 25; GETH⁷, Rz. 62; KREY/ESSER⁴, Rz. 138; B.-D. MEIER⁵, 18; MEYLAN (2019), 22; NIGGLI, *AJP* 1994, 1054; NIGGLI/MAEDER, *AJP* 2011, 445; SCHMIDHÄUSER² (1971), 24; LK StGB IV¹³-U. SCHNEIDER, Vor §§ 46-50 N 27.

126 NIGGLI/MAEDER, *AJP* 2011, 445.

beziehen auf).¹²⁷ Im Gegensatz zum Begriff der «Vergeltung»¹²⁸ kann derjenige der «Prävention» keine vergleichbare semantische Entwicklung vorweisen. «Prävention» bzw. «Präventionstheorien» wurden wohl insb. seit der Zeit der Aufklärung regelmässig als strafrechtsrelevante Begriffe verwendet.¹²⁹ Zu nennen sind hierbei etwa die Lehren von CESARE BECCARIA, der ausführte, dass es nicht der Zweck der Strafen sein könne «ein empfindliches Wesen zu quälen und zu plagen, noch, ein bereits begangenes Verbrechen ungeschehen zu machen [...]». Der Zweck sei vielmehr kein anderer «als der, den Schuldigen daran zu hindern, seinen Mitbürgern neue Schäden zuzufügen, und andere davon abzuhalten, derartiges zu tun.»¹³⁰ Im deutschsprachigen Raum vertrat nur unwesentlich später PAUL JOHANN ANSELM VON FEUERBACH eine präventive Theorie, die auf der Abschreckung möglicher zukünftiger Täter durch die Androhung von Strafe beruhte.¹³¹ Wurde sodann gleichwohl eine Straftat begangen, musste die angedrohte Strafe zugefügt werden, um der gesetzlichen Drohung Wirksamkeit zu verschaffen.¹³²

Nach einer kurzen Zeit der Rückbesinnung auf die absoluten Theorien wurden die präventiven Theorien gegen Ende des 19. Jahrhunderts – v.a. hinsichtlich der Spezialprävention – durch die «soziologische Strafrechtsschule», insb. durch deren wohl bekanntesten Vertreter, FRANZ VON LISZT, wiederbelebt.¹³³ Die Idee der Strafe zwecks Verhinderung zukünftiger Delikte ist aber schon weitaus älter. Schon aus der Antike ist folgende Aussage PLATONS zum Sinn der Strafe überliefert: «Denn niemand bestraft die, welche Unrecht getan haben, darauf seinen Sinn richtend und deshalb, weil einer eben Unrecht getan hat, ausser wer sich ganz vernunftlos wie ein Tier eigentlich nur rächen will. Wer aber mit Vernunft sich vornimmt, einen zu strafen, der bestraft nicht um des vergangenen Unrechts willen – denn er kann ja doch das Geschehene nicht ungeschehen machen –, sondern des zukünftigen wegen, damit nicht auf ein andermal wieder weder derselbe noch einer, der diesen bestraft gesehen

127 ROXIN/GRECO⁵, § 3 N 11.

128 Siehe vorne I.B.1.

129 So z.B. BECCARIA², in: Calamandrei, 242 f. («*Il fine dunque non è altro che d'impedire il reo dal far nuovi danni ai suoi cittadini, e di rimuovere gli altri dal farne uguali [...]*»); MONTESQUIEU (1748), Livre sixième, Chapitre IX («*un bon législateur s'attachera moins à punir les crimes qu'à les prévenir [...]*»); vgl. auch KILLIAS/AEBI/KUHN⁴, Rz. 608, sowie hinten I.C.1.c.

130 Aus dem Italienischen übersetzt von Vormbaum, in: BECCARIA (2004), 45.

131 Siehe zur sog. Generalprävention sogleich I.B.2.c.

132 VON FEUERBACH³, 17 ff.; s. dazu auch JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 13; B.-D. MEIER⁵, 22; PIETH², 69.

133 KREY/ESSER⁴, Rz. 142; ROXIN/GRECO⁵, § 3 N 12; vgl. dazu auch BRENESELOVIC (2020), *passim*.

hat, dasselbe Unrecht begehe.»¹³⁴ PLATON stellte sich bei seiner Suche nach dem Sinn der Strafe gegen eine Bestrafung aus reiner Rache. Aus seinen Ausführungen erhellt vielmehr, dass er schon früh den *Präventionsgedanken* als Strafzweck in den Vordergrund rückte.¹³⁵

Auch die *Constitutio Criminalis Carolina*¹³⁶ verfolgte neben dem Strafzweck der Vergeltung bereits präventive Ziele, die sich an die Allgemeinheit richteten. Durch die äusserst brutale Bestrafung der Delinquenten sollte ein Exempel statuiert und sollten damit zukünftige Straftäter abgeschreckt werden.¹³⁷ So heisst es etwa in Art. 104 CCC, dass der Strafausspruch «nach gelegenheit vnd ergernuss der übelthatt, auss lieb der gerechtigkeit, vnd vmb gemeynes nutz willen» zu erfolgen habe.¹³⁸

Auch heute beherrschen insb. die präventiv ausgerichteten relativen Straftheorien die strafrechtlichen Diskussionen. Die relativen Straftheorien unterteilt man grundsätzlich in zwei grosse Lager, einerseits in das der *Spezial-* sowie andererseits in das der *Generalprävention*.¹³⁹ Diese beiden Gruppen können sodann wiederum in zwei Untergruppen unterteilt werden, nämlich in *negative* sowie *positive* Prävention. Erstere soll durch die Strafe ein bestimmtes Verhalten unterdrücken, zweitere ein gewünschtes Verhalten fördern.¹⁴⁰

	Spezialprävention	Generalprävention
positiv	Resozialisierung des Täters	Stärkung des Vertrauens aller Bürgerinnen und Bürger in die Rechtsordnung
negativ	Abschreckung des Täters, Sicherung	Abschreckung potenzieller zukünftiger Täter

b. Spezialprävention

Die Theorie der Spezialprävention zielt darauf ab, einen individuellen Täter davon abzuhalten, zukünftig (erneut) ein Delikt zu begehen.¹⁴¹ Eine Sanktionierung knüpft daher nicht an einer begangenen Tat im Sinne eines Schuld-

134 PLATON, in: Hofmann/Schleiermacher, 121 ff.

135 Vgl. auch W. SCHMID (1969), 4.

136 Siehe dazu hinten I.C.

137 PIETH², 31.

138 Vgl. dazu RADBRUCH, in: Kaufmann, 379 ff.

139 GETH⁷, Rz. 65; SCHMIDHÄUSER² (1971), 24 f.

140 B.-D. MEIER⁵, 18; NIGGLI/MAEDER, AJP 2011, 445.

141 ASHWORTH⁶, 83; EISENBERG/KÖLBEL⁷, § 42 N 1; GETH⁷, Rz. 66; HOFFMANN-HOLLAND³, 6; F. KAUFMANN (1929), 62; KILLIAS/AEBI/KUHN⁴, Rz. 653; KILLIAS/KUHN/AEBI², Rz. 1101; KREY/ESSER⁴, Rz. 142; NIGGLI/MAEDER, AJP 2011, 445; ROXIN, JuS 1966, 379; SCHNELLE (1977), 16; SPYCHER (2013), 156; STRATENWERTH AT I⁴, § 2 N 16; WALKER/PADFIELD², 100.

vorwurfs an, sondern fokussiert sich auf die «Defekte» des konkreten Straftäters und will auf diesen einwirken.¹⁴² Dies kann einerseits durch individuelle Abschreckung im Sinne eines «Denkzettels» oder der Sicherung etwa durch Verwahrung (*negative Spezialprävention*) oder andererseits durch Resozialisierung (im Sinne von Besserung, *positive Spezialprävention*) geschehen.¹⁴³ Eine solche Aufteilung im Rahmen der Spezialprävention hatte bereits FRANZ VON LISZT – gestützt auf die Schriften von CESARE LOMBROSO, der eine Kategorisierung unterschiedlicher vermeintlicher Verbrechertypen entwickelte¹⁴⁴ – vorgenommen, nach der ein Täter gebessert, abgeschreckt oder gesichert werden konnte: «Besserung der besserungsfähigen und besserungsbedürftigen Verbrecher [...]; Abschreckung der nicht besserungsbedürftigen Verbrecher; [...] Unschädlichmachung der nicht besserungsfähigen Verbrecher.»¹⁴⁵

Augenfällig ist, dass bei den spezialpräventiven Theorien die *Legalprognose* entscheidend für die Verhängung des Straf- (oder Massnahmen-)Übels ist.¹⁴⁶ Muss in einem konkreten Fall davon ausgegangen werden, dass von einem Täter eine Gefährlichkeit hinsichtlich zukünftiger Tatbegehungen ausgeht, dann muss nach der Spezialprävention auch ohne vorwerfbar begangene Tat abgeschreckt, gebessert oder im Extremfall verwahrt werden. Diese Möglichkeit ist durch das geltende Recht mit den Massnahmen nach Art. 56 ff. StGB (i.V.m. Art. 19 Abs. 3 StGB) eröffnet. Bei einer reinen Ausgestaltung der spezialpräventiven Theorien könnte das Konzept der Strafe an sich eigentlich aufgegeben und durch ein reines Massnahmenrecht ersetzt werden.¹⁴⁷ Sofern nun durch die spezialpräventiven Theorien die Resozialisierung¹⁴⁸ im Sinne der positiven Spezialprävention in den Vordergrund gerückt wird, sind deren Vorzüge unverkennbar: So gibt es für die Wirksamkeit von verhaltens- und sozialtherapeutischen Behandlungsprogrammen empirische Belege; bei gewissen Studien liess sich eine Rückfallverminderung von mindestens 20 % aufzeigen.¹⁴⁹

142 CONINX, recht 2016, 166; NIGGLI/MAEDER, in: MH Hurtado Pozo, 300.

143 CONINX, recht 2016, 165 f.; EISENBERG/KÖLBEL⁷, § 42 N 1, bezeichnen die Sicherung als «Sicherungsprävention»; GETH⁷, Rz. 66; F. KAUFMANN (1929), 62; M. KÖHLER (1997), 38; NIGGLI/MAEDER, in: MH Hurtado Pozo, 299 f.; ROXIN/GRECO⁵, § 3 N 12; SIMMLER (2018), 188; SPYCHER (2013), 156; STRATENWERTH AT I⁴, § 2 N 16; BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 85 ff.

144 LOMBROSO (1876), *passim*.

145 VON LISZT (1905), 166; dazu auch CONINX, recht 2016, 166; B.-D. MEIER⁵, 25; MONA, ZNR 2013, 25; ROXIN/GRECO⁵, § 3 N 12.

146 HART-HÖNIG (1992), 52; B.-D. MEIER⁵, 30; NIGGLI/MAEDER, in: MH Hurtado Pozo, 300; SPYCHER (2013), 157.

147 NIGGLI/MAEDER, in: MH Hurtado Pozo, 300 m.H. auf Vertreter einer solchen Meinung.

148 Zum Begriff der «Resozialisierung» s. SCHMIDHÄUSER² (1971), 61 ff. m.w.H.

149 NEUBACHER³, 148; vgl. auch KILLIAS/KUHN/AEBI², Rz. 1138 ff.

Sie entspricht dadurch auch der Aufgabe des Strafrechts, Rechtsgüterschutz vorzunehmen und der Gesellschaft zu einem friedlichen Zusammenleben zu verhelfen, ohne jedoch den Täter auszustossen oder zu «brandmarken», sondern ihn vielmehr wieder in die Gesellschaft zu integrieren.¹⁵⁰

Es hört sich mithin durchaus verlockend an, wenn einer Strafrechtlerin oder einem Strafrechtler das «gute Gewissen» vermittelt wird, dass selbst die Verhängung einer unbedingten Freiheitsstrafe «zum Nutzen des Verurteilten» erfolgt.¹⁵¹ Bei genauerer Betrachtung mangelt es jedoch auch nicht an Kritik an der Spezialprävention. Bereits früh wurde der Theorie entgegengehalten, dass der Staat kein Recht habe, erwachsene Menschen zu erziehen oder (medizinisch/psychiatrisch) zu behandeln.¹⁵² Schon KANT und HEGEL sahen darin einen Verstoss gegen die Menschenwürde.¹⁵³ Ob eine Person nämlich ihren (gesundheitlichen) Zustand verbessern lassen will, unterliegt grundsätzlich ihrer eigenen Entscheidung. Soll der Täter nun zwangsweise behandelt werden, kann dies nur bei Vorliegen eines öffentlichen Interesses erfolgen, was hier in der Verbesserung des Sicherheitsniveaus der Gesellschaft liegen würde.¹⁵⁴ Dadurch zeigt sich, dass solche Massnahmen nicht primär den Interessen des Täters dienen, sondern vielmehr dem präventiven Interesse der Allgemeinheit untergeordnet werden.¹⁵⁵

Ein Mangel in der Konzeption der Spezialprävention besteht ferner darin, dass sie – anders als die absoluten Straftheorien – kein Massprinzip für die Höhe der auszusprechenden Strafe liefert; vielmehr hat sich diese einzig nach der Grösse der vom Täter ausgehenden Gefahr bzw. dessen Besserungsbedürftigkeit zu richten.¹⁵⁶ Konsequenterweise müsste ein Täter solange festgehalten werden, bis er gebessert bzw. resozialisiert ist, was auf Verurteilungen mit unbestimmter Strafdauer hinauslaufen müsste.¹⁵⁷ Dies würde auch Täter

150 ROXIN/GRECO⁵, § 3 N 15; vgl. auch M. KÖHLER (1997), 46.

151 Vgl. KREY/ESSER⁴, Rz. 143.

152 Vgl. B.-D. MEIER⁵, 27.

153 HEGEL, in: Brandt, § 99 f.; KANT, in: Königlich Preussische Akademie der Wissenschaften, § 49 E. I., 331; vgl. auch ERBER-SCHROPP (2016), 52; GETH⁷, Rz. 66; HASSEMER, HRRS 2006, 131; SPYCHER (2013), 161.

154 PAWLIK, in: FS Rudolphi, 219.

155 ERBER-SCHROPP (2016), 52; SCHNELLE (1977), 19.

156 CORBOZ, ZBJV 1995, 11 f. («Pour déterminer le quantum, la prévention spéciale, dans l'état actuel des réflexions, ne fournit pas un instrument de mesure sérieux [...]»); ERBER-SCHROPP (2016), 53 f.; FRISCH, in: Frisch, Schuld, 8; HOFFMANN-HOLLAND³, 7; B.-D. MEIER⁵, 26; STRATENWERTH AT I⁴, § 1 N 7; vgl. auch LUDWIG, ZStrR 1959, 218 Fn. 9.

157 ROXIN, JuS 1966, 379; ROXIN/GRECO⁵, § 3 N 16; SPYCHER (2013), 160; verwirklicht ist dies bereits bei den Massnahmen, wonach etwa eine stationäre therapeutische Massnahme nach Art. 59 Abs. 4 StGB zwar in der Regel höchstens fünf Jahre betragen darf, jedoch

erfassen, die nur ein geringfügiges Delikt begangen haben, bei denen wegen ihrer Legalprognose aber zu erwarten wäre, dass sie aufgrund einer tiefgreifenden Persönlichkeitsstörung – deren Symptom das geringe Vergehen darstellt – zukünftig schwerere Delikte verüben. Eine Bestrafung wäre theoretisch sogar für diejenigen Personen denkbar, die zwar bisher noch nicht straffällig geworden sind, jedoch ein hohes Gefährdungspotenzial aufweisen. Durch den Zweck der Sicherung gegen künftige Straftaten rückt die Strafe dabei in eine gewisse Nähe zur polizeilichen Gefahrenabwehr und verkommt dadurch zu einer flexiblen Massnahme.¹⁵⁸ All diese Eingriffe wären im Rahmen der Schuldtheorien nicht (in diesem Ausmass) zulässig und würden die Freiheit des Einzelnen stärker einschränken, als dies in einem liberalen Rechtsstaat zulässig sein kann.¹⁵⁹

Des Weiteren ist problematisch, dass – sofern nicht tatenlose Strafen aus spezialpräventiven Gründen ausgesprochen werden könnten – erst die tatsächlich verhängte Strafe den Zweck der Besserung oder Abschreckung erfüllen könnte, die Strafdrohung des Tatbestands an sich jedoch als nicht geeignet erscheint, um künftige Täter von der Deliktsbegehung abzuhalten. Wie GÜNTER STRATENWERTH dazu ausführt, wäre in einem solchen Fall einerseits die gesamte Erstdelinquenz «gewissermassen einkalkuliert», da nur der Rückfall verhindert werden solle, und andererseits würde die «normstabilisierende Wirkung des Strafrechts» ausser Betracht bleiben.¹⁶⁰

Ferner ergibt sich das Problem, dass bei einer rein spezialpräventiv orientierten Strafe ihre Wirkung genau auf den individuellen Täter zugeschnitten sein müsste.¹⁶¹ An deren praktischer Durchführbarkeit zweifelte jedoch schon EMIL ZÜRCHER während der Ausarbeitung der ersten Vorentwürfe zum Schweizerischen Strafgesetzbuch. So sei es nach dem damaligen Stand der Wissenschaft noch unmöglich gewesen, eine Strafe *nicht* gestützt auf ein

jeweils Verlängerungen um bis zu fünf weitere Jahre erfolgen können; vgl. auch PAWLIK, in: FS Rudolphi, 220; SCHNELLE (1977), 18.

158 M. KÖHLER (1997), 38, 42; NIGGLI/MAEDER, in: MH Hurtado Pozo, 301, die festhalten, dass beim Polizeirecht die Voraussetzungen für Grundrechtseingriffe nach Art. 36 BV zur Anwendung kommen würden, was gerade *nicht* Strafrecht sei; krit. gegen blosser Spezialprävention bereits VON FEUERBACH³, 18f.; s.a. FRISCH, in: Koch et al., 199f.; eine solche Trendwende ist auch im Strafprozessrecht erkennbar, wo durch die sog. präventiven Haftgründe der Wiederholungs- und Ausführungsgefahr nach Art. 221 Abs. 1 lit. c und Abs. 2 StPO Haft auch ohne eine Anlasstat nur gestützt auf eine Prognose angeordnet werden kann, s. dazu krit. M. SEELMANN, APARIUZ 2017, 109 ff.

159 Vgl. ROXIN/GRECO⁵, § 3 N 16.

160 STRATENWERTH AT I⁴, § 2 N 16; vgl. auch SPYCHER (2013), 156; STRATENWERTH, in: Aebersold et al., 244.

161 STRATENWERTH AT I⁴, § 2 N 16.

begangenes Unrecht auszusprechen. Er äusserte aber eine gewisse Hoffnung, dass «die Wissenschaft eines Tages so weit gelangt sein wird, den Menschen in seinen gefährlichen Anlagen und seiner Macht oder Ohnmacht, diese Anlagen zu bekämpfen, zu erkennen, dass sie so weit vorgeschritten sein wird, dass der in dieser Wissenschaft erzogene Richter der Leitung des Strafgesetzes nicht mehr bedarf. Dann wird auch die Prävention die Repression zum Glücke der Menschheit ersetzt haben.»¹⁶² Von einem solchen «Glücke der Menschheit» ist die Wissenschaft aber auch heute noch weit entfernt. Bisher ist es in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle (noch) nicht gelungen, beim einzelnen Täter die Gefahr eines Rückfalls mit genügender Sicherheit vorauszusagen, geschweige denn ein erfolgreiches Konzept für die Sozialisierung von Straftätern zu entwickeln.¹⁶³ Es ist nicht einmal klar, welche Folgen eine bestimmte strafrechtliche Sanktion auf das zukünftige Verhalten des Täters zeitigt, wobei vermehrt – und überzeugend – vorgebracht wird, dass sich der Vollzug einer Freiheitsstrafe nur in Ausnahmefällen positiv auf die künftige Legalbewährung des Täters auswirkt.¹⁶⁴ Täter würden einerseits oft überhaupt erst während eines Freiheitsentzugs mit einem wirklich kriminellen Milieu in Verbindung kommen (Gefängnis als «Schule des Verbrechens») und andererseits würde eine Geldstrafe ihnen die Möglichkeit zur sozialen Integration erschweren.¹⁶⁵ So hat sich auch gezeigt, dass die Rückfallgefahr proportional zur Höhe der ausgesprochenen Sanktion zunimmt; die vollständig verbüsste Freiheitsstrafe führt zur tiefsten Wahrscheinlichkeit zukünftiger

162 ZÜRCHER, ZSR 1892, 535.

163 GETH⁷, Rz. 59; HART-HÖNIG (1992), 52 ff.; M. KÖHLER (1997), 41; ROXIN/GRECO⁵, § 3 N 20; SPYCHER (2013), 160; STRATENWERTH, in: Aebersold et al., 245.

164 ASHWORTH⁶, 83; BOMMER, ZStrR 2019, 273; DUNBAR/LANGDON, in: Jewkes/Letherby, 327; EISENBERG/KÖLBEL⁷, § 42 N 12; ERBER-SCHROPP (2016), 55 f.; HÄRRI, ZStrR 1998, 215; SPYCHER (2013), 160; STRATENWERTH AT¹⁴, § 2 N 17; STRATENWERTH/BERNOULLI (1983), 160 f.; STRENG³, Rz. 67; der Kanton Basel-Landschaft bringt dies in der Vernehmlassung 1995 treffend auf den Punkt: «Strafvollzug ist dem künftigen Leben des Täters wohl nur ganz selten förderlich» (518); vgl. aber auch KILLIAS/KUHN/AEBI², Rz. 1112, die von einer hohen spezialpräventiven Wirkung solcher Sanktionen ausgehen.

165 GETH⁷, Rz. 66; NAGIN/CULLEN/JONSON, Crime and Justice 2009, 126 («It is thus a social learning environment in which criminal orientations are potentially reinforced. Consistent with social learning theory [...], it can be expected that a custodial sentence will intensify a commitment to a life in crime [...].»); vgl. so auch schon die Debatte im Rahmen der Erstbehandlung des Schweizerischen Strafgesetzbuchs im Nationalrat, Votum Huber, StenBull NR 1928, 22 («Wissen Sie, wie das Zuchthaus heisst in der Sprache des Verbrechers? Nicht Zuchthaus, sondern die Hochschule. Man hat in dieser oder jener Hochschule studiert. Das ist nicht bloss ein scherzhafter Ausdruck, sondern es steckt die bittere Wahrheit darin, dass die Leute, die ins Gefängnis hineinkommen, wie die Gefängnisse und Zuchthäuser heute eingerichtet sind, in die Verbrecherhochschule hineinkommen und dort alles das, was sie vorher noch nicht wussten, im Vollzug der Freiheitsstrafe erlernen können»).

Legalbewährung.¹⁶⁶ Passend zeigt sich der Widerspruch zwischen dem Ziel der Resozialisierung und der Verhängung einer Freiheitsstrafe in folgendem Zitat eines Richters zum Verurteilten: «I sentence you to three years imprisonment, under the firm, and solemn, and God-given conviction, that what you require is three months at the seaside.»¹⁶⁷

Des Weiteren nimmt die «Sanktionsfurcht» bei zunehmender «Institutionserfahrung» tendenziell eher ab, weshalb mit wachsender Dauer eher eine proportional geringere Abschreckungswirkung erzielt wird.¹⁶⁸ Hier ist auch auf die sog. *Austauschbarkeitsthese* zu verweisen, wonach verschiedene Studien nachweisen konnten, dass im «breiten Mittelfeld» der Kriminalität strafrechtliche Sanktionsmittel ohne präventive Wirkungseinbuße beliebig austauschbar sind, also eingriffsintensivere Sanktionen vielfach keine besseren Wirkungen zeigen als ein eingriffsmilderer Vorgehen.¹⁶⁹ Hervorzuheben ist hierbei jedoch, dass diese These lediglich auf der «Ebene der durchschnittlichen Betrachtung» als hinreichend gesichert gilt.¹⁷⁰ Da der Austauschbarkeitsthese mithin eine generalisierende Betrachtung zugrunde liegt, ist es im Einzelfall daher nicht ausgeschlossen, dass eine Freiheitsstrafe wirksamer sein kann als eine Geldstrafe.¹⁷¹

Was ferner den spezialpräventiven Zweck der Sicherung eines Straftäters anbelangt, so kann zwar argumentiert werden, dass während einer solchen Sicherung wohl die sich in Freiheit befindliche Bevölkerung effizienter vor ihm geschützt wäre, jedoch würde diese Sicherungswirkung nur im Falle einer unbegrenzten Inhaftierung gelten.¹⁷² Da jedoch – abgesehen vom schuldunabhängigen Massnahmenrecht – die Schuld des Täters seine Strafe in den allermeisten Fällen zeitlich limitiert,¹⁷³ würde einerseits die Sicherungswirkung mit der Haftentlassung dahinfallen, andererseits würde eine entsprechend

166 SINGELNSTEIN/KUNZ⁸, § 20 N 39.

167 CHESTERTON (1905), 8 f.

168 EISENBERG/KÖLBEL⁷, § 42 N 6.

169 ACKERMANN/CESAROV, *forum*poenale 2020, 456; BOMMER/STRATENWERTH, in: FS Wiprächtiger, 20; CONINX, *recht* 2016, 164; BSK StGB I⁴-DOLGE, Art. 34 N 23d; EISENBERG/KÖLBEL⁷, § 42 N 11; SINGELNSTEIN/KUNZ⁸, § 20 N 39, 49; BSK StGB I⁴-MAZZUCHELLI, Art. 41 N 10; B.-D. MEIER⁵, 32; RIKLIN, in: FS Wiprächtiger, 30; STRATENWERTH, in: Aebersold et al., 244; STRENG³, Rz. 331; vgl. auch Botschaft, BBl 1999 II, 2040 («*Empirische Untersuchungen belegen zudem, dass kurze Freiheitsstrafen weder spezial- noch generalpräventiv effizienter sind als alternative Sanktionen [...]*»); dies gilt aber nicht in die entgegengesetzte Richtung, da repressivere Sanktionen zukünftiges Legalverhalten nicht fördern.

170 STRENG³, Rz. 332.

171 BOMMER, ZStrR 2018, 380; STRENG³, Rz. 332.

172 STRENG³, Rz. 70.

173 Siehe dazu gehen hinten I.D.2.a.a1.

lange Inhaftierung aus Sicherheitsüberlegungen letztlich die Resozialisierung der betreffenden Person gefährden. Im Ergebnis ist mithin die Abschreckungswirkung einer höheren Strafe in den meisten Fällen ebenso zu verneinen wie die Wirksamkeit einer längeren als der schuldangemessenen Strafe zwecks Resozialisierung.

Schliesslich kann die Frage aufgeworfen werden, was mit einem Täter geschehen soll, dem hinsichtlich seiner Tat zwar ein schweres Verschulden vorgeworfen werden kann, von dem für die Zukunft jedoch keinerlei Straftaten mehr zu erwarten sind, da er das Verbrechen in einer unwiederholbaren Konfliktsituation begangen hat oder die veränderten Zeitumstände einer erneuten Begehung im Wege stehen.¹⁷⁴ In der Literatur wird in diesem Zusammenhang oftmals das Beispiel eines NS-Verbrechers erwähnt, der nach dem Krieg ein sozial unauffälliges Leben führt und bei dem – auch aufgrund seines Alters – keine Gefahr mehr besteht, dass er zukünftig noch weitere (gleichartige) Delikte begehen wird. Hier würde die Schwere der Einzeltatschuld¹⁷⁵ zur Verhängung einer Strafe «zwingen», die aus spezialpräventiven Gesichtspunkten in keiner Weise geboten wäre.¹⁷⁶

Die aufgeführten normativen sowie empirischen Kritikpunkte zeigen, dass die Bedürfnisse der Spezialprävention die Institution der staatlichen Strafe allein nicht begründen können.¹⁷⁷ Mehr noch als eine Straftheorie hat die Spezialprävention ihre Bedeutung im Bereich der schuldunabhängigen Massnahmen zwecks Besserung und Sicherung.¹⁷⁸ Dies bedeutet jedoch nicht, dass ihr für die Strafe und insb. die Strafzumessung keine Bedeutung zukommen würde. Sofern nämlich bei der positiven Spezialprävention die Möglichkeit besteht, dass durch ihre Anwendung ein Täter *resozialisiert* werden kann und seine Rückfallwahrscheinlichkeit sinkt, spricht im Rahmen der rechtsstaatlichen Prinzipien nichts gegen diesen Strafzweck. Inwiefern er bei der Strafzumessung konkret zu berücksichtigen ist, wird noch zu zeigen sein.¹⁷⁹ Anders sieht es jedoch hinsichtlich der individuellen Abschreckungswirkung der negativen Spezialprävention aus; hier geht die Wissenschaft davon aus, dass in der überwiegenden Zahl der Fälle aufgrund der äquivalenten Steuerungs-

174 ERBER-SCHROPP (2016), 53 f.; M. KÖHLER (1997), 41; SCHNELLE (1977), 19.

175 Siehe zu diesem Begriff ausführlich hinten I.D.2.

176 ROXIN, JuS 1966, 379; SPYCHER (2013), 157; ZIPF, ÖJZ, 1979, 198; s.a. ROXIN/GRECO⁵, § 3 N 19.

177 STRATENWERTH AT I⁴, § 2 N 19.

178 GETH⁷, Rz. 550f.; s. für eine Übersicht zum rechtshistorischen Hintergrund der «*Sicherung*» in der schweizerischen Kriminalpolitik EXNER, ZStrR 1917, 189 ff.; U. GERMANN, in: Studer/Tanner/Opitz, 195 ff.; s.a. DERS., Rg 2009, 84 ff.

179 Siehe hinten I.D.2.a.a.2.i.

wirkung unterschiedlichster Sanktionen die weniger eingriffsintensivere Variante gewählt werden kann, ohne dass daraus eine nachteiligere Einwirkung auf den Täter resultiert. Die Wirkung der negativen Spezialprävention im Sinne der Abschreckung kann daher, wie soeben aufgezeigt werden konnte, in vielen Fällen als widerlegt gelten.

c. Generalprävention

Wie die Spezialprävention zielt auch die Generalprävention auf die Verhinderung zukünftiger Straftaten ab.¹⁸⁰ Jedoch soll sich Letztere in ihrer Wirkung auf die Gesamtheit der Mitglieder einer Rechtsgemeinschaft und nicht auf den einzelnen Straftäter beziehen.¹⁸¹ Dadurch hat sie gegenüber der Spezialprävention einige Vorteile: Einerseits kann die Generalprävention erklären, warum gegen eine bestimmte Person auch ohne Rückfallgefahr eine Strafe verhängt werden soll, da nämlich durch den Täter allfällige Nachahmer animiert werden könnten. Andererseits muss nicht auf ungenaue Legal- oder Gefährlichkeitsprognosen abgestellt werden, sondern es sind vielmehr exakte Bestimmungen aufzustellen, nach denen sich die Gesellschaft zu richten hat. Ansonsten wäre es einem zukünftigen Täter gar nicht klar, welches Verhalten durch den Staat unerwünscht wäre.¹⁸²

Die *negative Generalprävention*, die, wie erwähnt, auf VON FEUERBACH zurückgeht, hat zum Ziel, die Allgemeinheit von der Begehung zukünftiger Straftaten abzuschrecken, während die *positive Generalprävention* (auch Integrationsprävention genannt) die Mitglieder der Rechtsgemeinschaft in ihrem Rechtsbewusstsein und ihren Gerechtigkeitsvorstellungen bestärken und vom Ergreifen von Selbstjustiz abhalten soll.¹⁸³ Die negative Generalprävention basiert auf dem Gedanken des *homo oeconomicus*, für den auch die Kriminalität eine ökonomische Aktivität ist; er soll in seiner Kosten-Nutzen-Abwägung zum Ergebnis gelangen, dass Delinquenz eine unprofitable Lebensform darstellt.¹⁸⁴

180 EISENBERG/KÖLBEL⁷, § 41 N 1; HOFFMANN-HOLLAND³, 6; M. KÖHLER (1983), 17; ROXIN/GRECO⁵, § 3 N 21.

181 ASHWORTH⁶, 83; EISENBERG/KÖLBEL⁷, § 41 N 1; GETH⁷, Rz. 67; KILLIAS/KUHN/AEBI², Rz. 1101; M. KÖHLER (1983), 17; KREY/ESSER⁴, Rz. 139; B.-D. MEIER⁵, 22; ROXIN/GRECO⁵, § 3 N 21; SCHNELLE (1977), 19 f.; STRATENWERTH AT I⁴, § 2 N 20; WALKER/PADFIELD², 100.

182 ROXIN/GRECO⁵, § 3 N 29.

183 GETH⁷, Rz. 67; HOFFMANN-HOLLAND³, 7; F. KAUFMANN (1929), 63; M. KÖHLER (1997), 38 f., 42; KREY/ESSER⁴, Rz. 139 ff.; NIGGLI/MAEDER, in: MH Hurtado Pozo, 302 ff.; PAWLIK, in: FS Rudolphi, 214; SIMMLER (2018), 191 f.; SPYCHER (2013), 153; STRATENWERTH AT I⁴, § 2 N 20; BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 55 f.; vgl. auch CONINX, recht 2016, 153; MOOS, in: FS Pallin, 305 ff.; WEGMÜLLER (1945), 144.

184 ASHWORTH⁶, 84; PAWLIK, in: FS Rudolphi, 214; vgl. auch EISENBERG/KÖLBEL⁷, § 41 N 2; ERBER-SCHROPP (2016), 46 f.; KILLIAS/KUHN/AEBI², Rz. 1003; SCHNELLE (1977), 20.

In der öffentlichen Meinung, v.a. im medialen und politischen Diskurs sowie vereinzelt auch in der Rechtsprechung im Rahmen der Strafzumessung, kommt der Abschreckung möglicher zukünftiger Straftäter immer noch eine erhebliche Rolle zu und wird gerne als (alltagstheoretische) Begründung für härtere Strafen herangezogen.¹⁸⁵ Auch ist die negative Generalprävention in der Kriminalpolitik tief verankert, droht doch das Strafgesetzbuch selbst im Besonderen Teil Strafen für die Begehung von Delikten an.

In der früheren Geschichte des Strafens wurde die allgemein abschreckende Wirkung einer Sanktion mehrheitlich nicht infrage gestellt, wovon auch die überaus grausamen Strafen zeugen, die in früheren Jahrhunderten oftmals in aller Öffentlichkeit vollstreckt wurden.¹⁸⁶ Wissenschaftlich ist die Theorie der Abschreckung dagegen äusserst umstritten, da schwerlich empirisch nachgewiesen werden kann, dass menschliches Verhalten durch generalpräventive

185 Siehe dazu M. SEELMANN/WIPRÄCHTIGER, AJP 2018, 738 ff.; STRATENWERTH AT I⁴, § 2 N 21; STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 76; BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 55.

186 Siehe etwa die Beschreibung der Hinrichtung des «Königsmörders» Robert François Damiens auf dem Grève-Platz in Paris im Jahre 1757, abgedruckt bei SCHMIDHÄUSER² (1971), 8 ff. («Der Henker begann die Hinrichtung dieses Königsmörders damit, dass er ihm die rechte Hand, anscheinend mit einer Zange, über ein Schwefelfeuer hielt, wobei sie derart verbrannt wurde, dass die Fleishteile herunterfielen. Obwohl ich mit meinem Fernglas genau das Feuer sehen konnte, konnte ich nicht das Messer unterscheiden, das man an seiner Hand befestigt haben soll. Aber man hörte sehr wohl die furchtbaren Schreie, die er aussties, und ich sah an den heftigen Bewegungen des Kopfes, bis zu welchem Grade seine Schmerzen gehen mussten. Das war jedoch nur das Vorspiel von dem, was er zu erdulden hatte. Nachdem man ihm die Hand wieder auf dem Tisch befestigt hatte, begann einer der Henker, ihm die rechte Brustwarze mit einer Zange, die einer Schlosserzange glich, auszureissen, und nachdem er ein beträchtliches Stück Fleisch herausgerissen hatte, goss ein anderer mit einem grossen Eisenlöffel geschmolzenes Blei, gemischt mit Öl, Schwefel, Wachs und kochendem Pechharz hinein. Diese grausame Operation wurde auf der linken Seite der Brust, an den Armen, den Oberschenkeln und Beinen wiederholt und dabei stiess das Scheusal den Schmerzen entsprechende Schreie aus [...]. Der Unglückliche stiess furchtbare Schreie zum Himmel, warf den Kopf mit äusserster Heftigkeit hin und her, und ich sah schreckenerregende konvulsivische Zuckungen seiner Fussspitzen [wie auch seines ganzen Körpers], obwohl die Beine fest auf dem Tisch angebunden waren. [...]. Indessen band man ihm die Füsse und Arme vom Tische los, und die Henker banden und umschnürten sie mit Stricken, die sie an den Ortscheiten der vier Pferde, die ihn auseinanderreissen sollten, befestigten. [...] Der Bösewicht Damiens musste mehr als 60maliges Anziehen erdulden, das er, die Schreie verdoppelnd und mit dem Kopf um sich schlagend, aushielt. Schliesslich hatte man ihn, ohne zu übertreiben, fast eine Stunde auseinandergezogen, ohne ihn vierteilen zu können, bis auf den Rat der drei erwähnten Ärzte der Henker von Paris sich an den Gehilfen des Greffier wandte und an die zwei Gerichtsdiener, die auf dem Richtplatz standen, um sie zu ersuchen [...], die Erlaubnis zu erbitten, dass das Fleisch der Schenkel und der Arme zerschnitten werden dürfe, ohne welche Massnahme die sechs Pferde ihn nie würden auseinanderreissen können. Man sah, wie ihm diese Erlaubnis überbracht wurde [...]); vgl. auch SCHNELLE (1977), 20.

Abschreckung einer Steuerung unterliegt.¹⁸⁷ Dazu durchgeführte wissenschaftliche Studien haben wiederholt ergeben, dass bislang allenfalls geringe Anhaltspunkte¹⁸⁸ dafür bestehen, dass höhere Strafen eine grössere und eine Absenkung des Sanktionsniveaus eine geringere generalpräventive Wirkung entfalten würden.¹⁸⁹ Unter anderem spielt auch eine Rolle, dass oftmals bei den Adressaten solcher Strafdrohungen das Wissen über das mögliche Mass der Strafe nicht vorhanden ist oder zukünftige Täter sich durch ganz andere Faktoren zu ihren Taten motivieren lassen als die strafrechtliche Kosten-Nutzen-Analyse, welche die negative Generalprävention voraussetzt.¹⁹⁰ Zu beachtende Variablen umfassen auch die normative Ansprechbarkeit bestimmter Täterkreise, die von diesen wahrgenommene moralische Verbindlichkeit der Strafnorm oder die Frage, ob eine Tatentscheidung rational gefallen ist oder auf einem Affekt beruht.¹⁹¹ In diesem Zusammenhang scheint auch die Tatschwere einen möglichen Einfluss auf die Begehungswahrscheinlichkeit zu haben: Bei leichteren Delikten überwiegt wohl die Bedeutung der formellen Strafsanktion, während bei schweren Delikten der Einfluss der inneren Normbindung prävaliert.¹⁹² Eine abschreckende Wirkung geht des Weiteren eher von der Gewissheit der Strafverhängung, d.h. der Wahrscheinlichkeit, dass man

187 Krit. zur Wirkung der Abschreckung GETH⁷, Rz. 67; M. KÖHLER (1997), 42; SINGELNSTEIN/KUNZ⁸, § 20 N 13 ff.; SCHMIDHÄUSER² (1971), 54; STRATENWERTH AT I⁴, § 2 N 21; BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 55; a.M. KREY/ESSER⁴, Rz. 140, gemäss denen die negative Generalprävention eine «Alltagstheorie von höchster Plausibilität [...], die nicht falsifizierbar ist», darstelle.

188 EISENBERG/KÖLBEL⁷, § 41 N 14, 23, weisen darauf hin, dass sich ein schwacher Abschreckungseffekt allenfalls bei weniger schweren Straftaten wie Eigentumsdelikten zeigen würde, ein solcher bei schweren (gewalttätigen) Straftaten jedoch nicht erkennbar sei; gemäss SINGELNSTEIN/KUNZ⁸, § 20 N 21, sei die Vorstellung der Abschreckung am ehesten noch im Bereich der leichten Alltagskriminalität (Schwarzfahren, Falschparken etc.) plausibel bzw. «*schwach empirisch bestätigt*».

189 ASHWORTH⁶, 84; DOOB/WEBSTER, in: Hirsch/Ashworth/Roberts, 49 ff.; DUNBAR/LANGDON, in: Jewkes/Letherby, 323 ff.; EASTON/PIPER⁴, 129; EISENBERG/KÖLBEL⁷, § 41 N 14, 23; JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 18; KAISER¹⁰, 81 f.; SIMMLER/WEDER, ZStrR 2019, 214; SINGELNSTEIN/KUNZ⁸, § 20 N 15; SPYCHER (2013), 151; STRATENWERTH, in: Aebersold et al., 243; DERS. (1972), 32; STRENG³, Rz. 59, 65; VILSMEIHER, MschrKrim 1990, 273 ff.; WALKER/PADFIELD², 96; WIPRÄCHTIGER, Anwaltsrevue 2014, 483; BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 82c; WIPRÄCHTIGER/SPAHN, Strassenverkehr 2017, 19; zur Praxis der «*Three Strikes*»-Regel in den USA bei wiederholter Delinquenz s. VITIELLO, The Journal of Criminal Law and Criminology 1997, 395 ff.; KILLIAS/KUHN/AEBI², Rz. 1017, stellen auf die «*Dosierung*» der Strafschwere ab, wonach je nachdem eine gewisse generalpräventive Wirkung erreicht werden könne; vgl. auch KILLIAS/AEBI/KUHN⁴, Rz. 652.

190 ASHWORTH⁶, 85; CONINX, recht 2016, 164; HART-HÖNIG (1992), 47 f.; ROXIN/GRECO⁵, § 3 N 25; SPYCHER (2013), 151; STRATENWERTH, in: Aebersold et al., 243; DERS. AT I⁴, § 2 N 21.

191 EISENBERG/KÖLBEL⁷, § 41 N 14; ERBER-SCHROPP (2016), 56; NEUBACHER³, 141; SCHMIDHÄUSER² (1971), 54; SINGELNSTEIN/KUNZ⁸, § 20 N 12; SPYCHER (2013), 152; STRENG³, Rz. 59.

192 DÖLLING/HERMANN, in: Albrecht/Entorf, 157 ff.; KAISER¹⁰, 82; B.-D. MEIER⁵, 29.

«erwischt» wird, aus, als von der Art und Höhe der angedrohten Sanktion.¹⁹³ Eine Rolle spielen hierbei wohl auch Erfahrungswerte (jedoch wohl anders als von Verfechtern der generalpräventiven Theorie erhofft): So schätzen kriminalitätserfahrene Personen die Wahrscheinlichkeit, dass sie beim Delinquieren gefasst werden, als geringer – und damit aus empirischer Sicht als realistischer – ein als bislang nicht kriminell in Erscheinung getretene Personen.¹⁹⁴ Ferner wird auch angenommen, dass *informelle Sanktionen* wie etwa «das Gerede im Bekanntenkreis» oder eine allgemeine soziale Ausschliessung eine grössere Abschreckungswirkung zeitigen als «formelle» Strafen.¹⁹⁵

Ein weiteres Problem ist auch hier, dass die negative Generalprävention kein Massprinzip für die Höhe der auszusprechenden Strafe liefert.¹⁹⁶ Wie hoch muss die Strafe sein, um eine – wissenschaftlich jedoch schwerlich verifizierbare – Abschreckungswirkung zu entfalten? Und welche Abschreckungswirkung ist ausreichend? Zur Beantwortung dieser Fragen spielt es keine Rolle, welche Strafe einer einzelnen Person gebührt, sondern für die Strafhöhe ist allein auf (sozial-)psychologische Wertungen abzustellen, wie in der Gesellschaft das gewünschte Level an Furcht erreicht wird.¹⁹⁷ Zu Recht wird vorgebracht, dass etwa durch Aussprechen einer Strafe einzig zwecks Abschreckung der Gesellschaft am Täter ein Exempel statuiert wird und er dadurch zum reinen Objekt des staatlichen Verfahrens verkommt; er wird für die mögliche Verbrechensneigung anderer Personen bestraft, die er selbst nicht zu verantworten hat.¹⁹⁸ Ferner stellt sich etwa auch die Frage, wie der *schuldunfähige*

193 ASHWORTH⁶, 84; DAVIES (2005), 300; DUNBAR/LANGDON, in: Jewkes/Letherby, 324 f.; EISENBERG/KÖLBEL⁷, § 41 N 14, 16 ff.; GETH⁷, Rz. 67; HART-HÖNIG (1992), 48; KAISER¹⁰, 82; B.-D. MEIER⁵, 28; NIGGLI, Justizvollzug heute, 14. März 2019, 18; REHBERG⁷, 3; ROXIN/GRECO⁵, § 3 N 25; SINGELNSTEIN/KUNZ⁸, § 20 N 12; SPYCHER (2013), 152; STOOSS², 190; STRATENWERTH AT I⁴, § 2 N 21; STRENG, in: Frisch, 43; s.a. KILLIAS, *Contra Legem* 2019/2, 301, nach dem eine erhöhte Entdeckungswahrscheinlichkeit nur dann verhaltenssteuernd wirke, wenn die Kontrollintensität massiv zunehme, sodass sie wirklich wahrgenommen werden könne.

194 B.-D. MEIER⁵, 29; SEDDIG/HIRTENLEHNER/REINECKE, KZfSS 2017, 260 ff.

195 Dies kann aber auch umgekehrt dazu führen, dass für Personen in Gruppen mit delikt-fördernden Verhaltenserwartungen die Verbindlichkeit von Strafnormen geschwächt wird, s. EISENBERG/KÖLBEL⁷, § 41 N 7; KAISER¹⁰, 82 f.; KILLIAS/KUHN/AEBI², Rz. 1021, die jedoch auch die Frage aufwerfen, ob informelle Sanktionen ohne staatliche Strafandrohungen existieren können; MALECZKY¹⁹, 64; B.-D. MEIER⁵, 28; STRATENWERTH, in: Aebersold et al., 243.

196 EASTON/PIPER⁴, 132; B.-D. MEIER⁵, 24; NIGGLI/MAEDER, in: MH Hurtado Pozo, 303; ROXIN, JuS 1966, 380; ROXIN/GRECO⁵, § 3 N 32.

197 ERBER-SCHROPP (2016), 47 f.; NIGGLI/MAEDER, in: MH Hurtado Pozo, 303.

198 ASHWORTH⁶, 85 f.; BRUNS, in: FS von Weber, 89 f.; CALLIESS, in: FS Müller-Dietz, 112; DUBS, ZStW 1982, 166; ERBER-SCHROPP (2016), 47; M. KÖHLER (1997), 42 («Das *Subjekt ist die Gesellschaft, der einzelne wird zum Objekt [...]*»), 45; DERS. (1983), 40; NIGGLI/MAEDER, in: MH Hurtado Pozo, 303 f.; ROXIN, JuS 1966, 380; SCHMIDHÄUSER² (1971), 54;

Täter bestraft werden soll, der etwa eine Tötung begangen hat. Aus Gründen der allgemeinen Abschreckung wohl mit einer möglichst hohen Freiheitsstrafe, die unter Schuldgesichtspunkten jedoch nicht möglich wäre. Unter dem utilitaristischen Gesichtspunkt der Abschreckung wäre theoretisch sogar eine Bestrafung eines Unschuldigen vorzunehmen, wenn dadurch Dritte von der Begehung von Delikten abgehalten würden.¹⁹⁹ Auch HEGEL äusserte sich in seinen Schriften ablehnend zur Theorie der negativen Generalprävention. Durch die theorieimmanente Strafdrohung, welche die Menschen von der Begehung zukünftiger Delikte abschrecken sollte, werde der Mensch nämlich als unfrei vorausgesetzt.²⁰⁰ Nach seinen Ausführungen müsse das Recht und die Gerechtigkeit jedoch «ihren Grund und Sitz in der Freiheit und dem Willen haben»; mit der Strafdrohung würde man sich nun aber nicht an die Freiheit, sondern die Unfreiheit wenden, als ob man gegen einen Hund den Stock erhebe.²⁰¹

Die *positive Generalprävention* schliesslich hat, wie erwähnt, zur Aufgabe, die Allgemeinheit in ihrem Rechtsbewusstsein sowie den Geltungsanspruch der strafrechtlich geschützten Norm selbst zu stärken. Dies kann entweder durch einen – jedoch wieder auf Abschreckung basierenden – *Lerneffekt* bei der Bevölkerung, einen *Vertrauenseffekt* bei der einzelnen Bürgerin und dem einzelnen Bürger, wenn diese sehen, dass sich das Recht durchsetzt, oder einen *Befriedungseffekt*, wenn die Bevölkerung einen durch eine Straftat geschaffenen Konflikt als erledigt ansieht (sog. Integrationsprävention), geschehen.²⁰² Insbesondere in der neueren deutschen Lehre wird die positive Generalprävention wieder vermehrt vertreten und etwa auch als «Theorie der verhältnismässigen Generalprävention»²⁰³ oder als «retributive Generalprävention»²⁰⁴ protegiert, wobei zu betonen ist, dass es sich bei diesen nicht um rein generalpräventive, sondern vielmehr um *generalpräventive Vereinigungstheorien* handelt.²⁰⁵

BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 57; s.a. HART-HÖNIG (1992), 49; HUSAK, in: Keijser/Roberts/Ryberg, 33 ff.

199 Vgl. EASTON/PIPER⁴, 131.

200 HEGEL, in: Iltting, § 99 («*Drohung setzt den Menschen als nicht freien voraus, ein Zwingen durch die Vorstellung eines Uebels. Der Anblick dieses vorgestellten Uebels soll also das Lassen des Verbrechens bewirken*»).

201 HEGEL, in: Iltting, § 99.

202 NIGGLI/MAEDER, in: MH Hurtado Pozo, 304 f.; ROXIN/GRECO⁵, § 3 N 27; SCHNELLE (1977), 22; STRATENWERTH, in: Aebersold et al., 245; DERS. AT I⁴, § 2 N 23; vgl. auch MONTENBRÜCK (2020), 259 ff.

203 Vgl. KASPAR, in: Juristentag, C 23 ff.; ROXIN, in: FS Kaufmann, 531; s. dazu aber auch SCHÖNEBORN, ZStW 1980, 682 ff.

204 M.w.H. ANDRISSEK (2017), 86, 148, 237; WALTER, JZ 2019, 654 ff.

205 Vgl. unten I.B.4.; KASPAR, in: Juristentag, C 23.

Zweifelhaft ist, ob im Gegensatz zur negativen Generalprävention die Wirkung der positiven Generalprävention eindeutiger empirisch belegt werden kann. Auch hier bestehen nämlich gewisse Schwierigkeiten: Einerseits können Effekte, sofern diese überhaupt messbar sind, von einem ganzen Verbund von möglichen Normensystemen und Sozialisationsinstanzen ausgelöst werden und müssen daher nicht zwingend auf strafrechtliche Normen zurückgeführt werden.²⁰⁶ Das Strafrecht bildet nur einen Teil der sozialen Kontrolle, dessen Auswirkungen nicht allein, sondern nur zusammen mit den anderen (sozialmoralischen) Vorstellungen der Gesellschaft erfasst werden können – dies gilt natürlich gleichermaßen für die negative Generalprävention.²⁰⁷ Je homogener Strafnormen daher in den jeweiligen kulturellen Kontext eingepasst sind und dadurch den (ausserrechtlichen) Vorstellungen und Auffassungen der Gesellschaft entsprechen, umso grösser ist auch ihre Verhaltensbeeinflussung.²⁰⁸

Des Weiteren ist eine empirische Überprüfung der positiven – sowie auch der negativen – generalpräventiven Wirksamkeit des Strafrechts *an sich* schwierig, weil es nahezu ubiquitär ist. So gut wie alle modernen Gesellschaften kennen das Strafrecht als Institution, weshalb ein Systemvergleich von solchen Gesellschaften mit und solchen ohne Strafrecht von vornherein schwerlich möglich ist.²⁰⁹ Ein Wirksamkeitsvergleich lässt sich daher nur gestützt auf die mehr oder weniger ausgeprägte Ausgestaltung des jeweiligen Strafrechts durchführen. Sofern nun ein solcher Vergleich möglich war, hat sich herausgestellt, dass – im Gegensatz zu der kaum erkennbaren abschreckenden Wirkung höherer Strafen – der Einfluss der sozialen Missbilligung eines bestimmten Verhaltens durch die Gesellschaft auf die Rechtstreue einzelner Personen zu einem gewissen Teil bejaht werden kann; denn die Bevölkerung erwartet nach dem Rechtsbruch eines Straftäters eine Reaktion des Staats, durch welche die deliktische Handlung diskreditiert und der Geltungsanspruch der verletzten Norm bekräftigt wird.²¹⁰ Auch hier bleibt – wie bei der negativen Generalprävention – jedoch das Problem, dass der Täter zu Präventionszwecken instrumentalisiert wird. Zwar wird er für die zukünftigen Adressaten der Strafe nicht als Abschreckung für eine Kosten-Nutzen-Analyse herhalten müssen, gleichwohl bleibt der Täter aber ein Demonstrationsobjekt zwecks Normstabilisierung.²¹¹

206 B.-D. MEIER⁵, 30; SINGELNSTEIN/KUNZ⁸, § 20 N 10; vgl. auch EISENBERG/KÖLBEL⁷, § 41 N 32 ff.; HART-HÖNIG (1992), 51; VON HIRSCH (2005), 20.

207 EISENBERG/KÖLBEL⁷, § 41 N 5; SINGELNSTEIN/KUNZ⁸, § 20 N 10.

208 EISENBERG/KÖLBEL⁷, § 41 N 5.

209 CONINX, recht 2016, 165; SINGELNSTEIN/KUNZ⁸, § 20 N 11; vgl. auch STRENG³, Rz. 61.

210 ERBER-SCHROPP (2016), 57; SINGELNSTEIN/KUNZ⁸, § 20 N 13, 18 f.

211 CALLIESS, in: FS Müller-Dietz, 110; ERBER-SCHROPP (2016), 49 f.; HART-HÖNIG (1992), 51; HÖRNLE, in: von Hirsch / Neumann / K. Seelmann, 22; NIGGLI/MAEDER, in: MH Hurta-do Pozo, 307.

Ein anderes Problem, zu dem uns auch die positive Generalprävention keine eigenständige Lösung präsentiert, ist das des Strafmassprinzips. Es fehlt nämlich auch hier ein an die konkrete Tat gebundener Massstab, der die Höhe der jeweils auszusprechenden Strafe bestimmen könnte. Im Gegensatz zu den präventiven Zwecken der Abschreckung sieht sich die positive Generalprävention sogar noch einer weiteren Problematik ausgesetzt: Die durch sie angestrebte Normstabilisierung kann nur erreicht werden, wenn die ausgesprochene Strafe von den Adressaten als *gerecht und fair* empfunden wird.²¹² Verschiedene Studien haben dabei gezeigt, dass der positive generalpräventive Effekt die Bevölkerung bereits bei Strafen an der *unteren Grenze* der möglichen Schwereskala beeinflusst und eine Erhöhung der Strafmasse zu keiner Steigerung der präventiven Ansprechbarkeit führt.²¹³ Damit nun das Ziel einer durch die Bevölkerung als gerecht empfundenen Strafe erreicht werden kann, muss es aber bereits bei der Wahl der Sanktionshöhe berücksichtigt werden, wobei sich – bildlich gesprochen – das positiv-generalpräventive Zwecktier gewissermassen in den Schwanz beisst; der generalpräventive Legitimationsgrund der Normstabilisierung kann nur erreicht werden, wenn er sich am Umstand der gerechten «Vergeltung» für eine Straftat orientiert – damit nähern wir uns aber wieder dem Vergeltungsgedanken der absoluten Straftheorien.²¹⁴ Die positive Generalprävention läuft dadurch gewissermassen auf eine Rückkehr zum Schuldprinzip unter dem Deckmantel der Prävention hinaus.²¹⁵

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass Aspekten der positiven Generalprävention eine gewisse Bedeutsamkeit zukommt, da die Gesellschaft auf einen begangenen Rechtsbruch eine diskreditierende Reaktion des Staats erwartet (obgleich auch in dieser Hinsicht bislang ein «empirischer Beweis» nicht in ausreichendem Masse erbracht werden konnte). Jedoch wird hierbei wieder auf den Grundgedanken der «Vergeltung» zurückgekommen, da von der Gesellschaft im Sinne der Normstabilisierung grundsätzlich eine «gerechte» Strafe verlangt wird. Für eine solche gerechte Reaktion reicht es dabei aus, wenn eine Sanktion am unteren Rand des möglicherweise zu verhängenden Strafmasses ausgesprochen wird. Die abschreckende Wirkung von Strafen im Sinne der negativen Generalprävention findet hingegen eine nochmals geringere empirische Stütze und entbehrt auch keiner Kritik in normativer

212 ERBER-SCHROPP (2016), 51; vgl. auch SPYCHER (2013), 155 f.

213 SINGELNSTEIN/KUNZ⁸, § 20 N 17; vgl. auch BOMMER/STRATENWERTH, in: FS Wiprächtinger, 20; zu harte Strafen können sogar das Gegenteil bewirken und zu sozialem Unfrieden führen, s. K. SEELMANN, ZStW 1989, 344.

214 Vgl. zu Vergeltung vorne I.B.1.; s. dazu auch ROXIN, GA 2015, 192.

215 ROXIN, ZStW 1984, 647; dies gilt nicht zuletzt auch für die bereits erwähnte Theorie der retributiven Generalprävention, vgl. ANDRISSEK (2017), 86 («Aufgrund der ausdrücklichen Orientierung an Vergeltungsbedürfnissen [...]»).

Hinsicht, zumal der Täter gleichsam als Objekt zur Abschreckung Dritter benutzt wird. Im Ergebnis ist daher Vorsicht und Zurückhaltung im Umgang mit generalpräventiven Überlegungen (insb. hinsichtlich der negativen Generalprävention) geboten.

3. Expressive Straftheorien

Die sog. *expressiven* Straftheorien sind im Vergleich zu den absoluten und relativen Theorien noch relativ jung und haben die h.L. noch nicht in grossem Masse beeinflussen können.²¹⁶ Gleichwohl sollen sie im Folgenden kurz vorgestellt werden. Diese Straftheorien besagen, dass Strafen – wie auch bei den präventionsorientierten Straftheorien – einem Zweck dienen, der auf legitimen Interessen der Menschen aufbaut.²¹⁷ Anders als die präventiven Theorien geht es jedoch nicht (hauptsächlich) um die Verhinderung von zukünftigen Straftaten, sondern um Interessen, die sich auf den angemessenen Umgang mit vergangenem Verhalten beziehen.²¹⁸ Es handelt sich hierbei um einen kommunikativen Prozess, bei dem die Tat mit den betroffenen Personen, d.h. dem Täter, den Geschädigten/Opfern und der Allgemeinheit, «aufgearbeitet» wird.²¹⁹

Man unterscheidet dabei *normorientierte* und *personenorientierte* expressive Ansätze.²²⁰ Erstere richten sich mit ihrer «Botschaft» an die Allgemeinheit, wodurch eine Bestätigung der missachteten Norm stattfinden soll.²²¹ Im angloamerikanischen Raum geschieht dies mitunter auch durch Bestärkung *moralischer* Wertungen, wobei jedoch oftmals keine Unterscheidung zwischen solchen moralischen Verhaltensanforderungen und eigentlichen Rechtsnormen vorgenommen wird.²²² Ein solcher Ansatz ist jedoch nicht unproblematisch, da eine moralische Begründung der Strafe nicht Aufgabe des Staates sein darf.²²³ Demgegenüber findet sich diese Problematik nicht hinsichtlich der Bestätigung von *rechtlichen* Verhaltensnormen. In einem Teil der deutschen Lehre werden hierbei Überlegungen diskutiert, die der positiven Generalprävention nahestehen.²²⁴ Die personenorientierten expressiven

216 CONINX, recht 2016, 162.

217 HÖRNLE², 31; s.a. JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 11 f.

218 HÖRNLE², 31; ROXIN/GRECO⁵, § 3 N 36a.

219 CONINX, recht 2016, 161; HÖRNLE², 31; JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 12; ROXIN/GRECO⁵, § 3 N 36b; SIMMLER (2018), 193 f.; SINGELNSTEIN/KUNZ⁸, § 20 N 6.

220 CONINX, recht 2016, 162; HÖRNLE², 31.

221 HÖRNLE², 31 f., 34; SINGELNSTEIN/KUNZ⁸, § 20 N 6.

222 Siehe etwa HAMPTON, ARSP 1992, 12; vgl. dazu auch HÖRNLE², 31 f.

223 BASTELBERGER (2006), 118 f.; HÖRNLE², 32.

224 FRISCH, in: FS Beulke, 108; JAKOBS³, 111 ff.

Ansätze stellen dahingegen auf Personen oder Personengruppen ab, die von einem Delikt betroffen sind und Adressaten der «Botschaft» von Strafen sein sollen.²²⁵ Dabei konzentriert sich etwa eine Variante auf die Kommunikation mit dem Täter, dem gegenüber eine tadelnde Reaktion erforderlich ist.²²⁶ Je nach Deliktsschwere stellt sich hierbei die Frage, ob neben dem Tadel auch noch eine Strafe ausgesprochen werden muss oder ob blosser Schadenersatz oder eine Genugtuung ausreichen würden.²²⁷ Die Antwort für die Festsetzung eines «allgemeinen Strafniveaus» soll dabei auch von der «historisch geprägten Sensibilität einer Gesellschaft» abhängen.²²⁸ Auch hier wird wieder auf die Frage nach dem gerechten Tadel bzw. Strafe zurückgekommen, die auch den absoluten Theorien zugrunde liegt.²²⁹

4. Vereinigungstheorien

Aus den vorgängigen Ausführungen erhellt, dass keine der dargelegten Straftheorien monokausal den Sinn und Zweck der Strafe hinreichend bestimmen kann. Bei allen Theorien wurden empirische sowie normative Schwachpunkte ausgemacht. Jedoch sind bestimmte Argumente der dargelegten Theorien – zumindest teilweise – auch nicht von der Hand zu weisen. In den Augen der Gesellschaft hat die Strafe zunächst die Aufgabe, den durch den Täter begangenen Rechtsbruch symbolisch aufzuheben und gerechte, schuldbezogene «Vergeltung» zu üben.²³⁰ Wie aber aufgezeigt wurde, reicht die Schuld alleine nicht aus, um den Eingriff in die Grundrechte einer betroffenen Person zu rechtfertigen. Der Staat darf nämlich nur in die Rechtssphäre des Einzelnen eingreifen, wenn dies zur Erfüllung seiner Aufgaben notwendig ist.²³¹ Darunter fällt jedoch nicht der Schuldausgleich seiner selbst wegen, sondern die Sicherung des friedlichen Zusammenlebens seiner Bürger und der Rechtsgüterschutz, sprich die Verhütung von Straftaten.²³² Diesen Interessen kann

225 CONINX, recht 2016, 162; HÖRNLE², 34; DIES., in: von Hirsch/Neumann/K. Seelmann, 24; SINGELNSTEIN/KUNZ⁸, § 20 N 6.

226 HÖRNLE², 34 f. m.w.H.

227 CONINX, recht 2016, 162; HÖRNLE, in: von Hirsch/Neumann/K. Seelmann, 28; vgl. auch SINGELNSTEIN/KUNZ⁸, § 20 N 6.

228 HÖRNLE², 45.

229 Grundlegend zur Kritik an den expressiven Straftheorien ROXIN/GRECO⁵, § 3 N 36e ff.

230 STRATENWERTH AT I⁴, § 2 N 27.

231 FRISCH, ZStW 1987, 367; JAKOBS (1993), 7; vgl. auch CALLIESS, in: FS Müller-Dietz, 112.

232 CONINX, recht 2019, 26; FRISCH, ZStW 1987, 368; JAKOBS (1993), 7; KASPAR, in: Juristentag, C 24; NAY, ZStrR 1994, 182; ROXIN, in: FS Kaufmann, 522; STRATENWERTH AT I⁴, § 2 N 28 f.; vgl. auch SCHMIDT, ZStrR 1931, 205; s. a. vorne I.B.1. und I.B.2.

nun theoretisch mit den erwähnten präventiven Strafzwecken Nachachtung verschafft werden. Es ist ihnen aber eben nicht möglich, für sich allein Art und Weise der strafrechtlichen Haftung festzusetzen, da sie selbst kein Massprinzip (für eine Obergrenze) enthalten.²³³ Hierfür bedarf es wiederum des Schuldprinzips.²³⁴ Problematisch ist auch der Umstand, dass durch Prävention zukünftige Straftaten verhindert werden sollen, die «Mittel» zu deren Erreichung jedoch erst eingesetzt werden können, wenn eine Straftat konkret begangen wurde.²³⁵ Es muss daher trotz präventiver Ausrichtung am Tatprinzip, also an einem vergangenen Ereignis, festgehalten werden, um den Zweck der zukünftigen Verhinderung einer Straftat zu erreichen. Ein einheitlicher Strafzweck lässt sich schlicht nicht formulieren, da je nach Tat auch nicht immer die gleichen Strafzwecke berührt werden; bei einer Tötung im Affekt tritt die Abschreckung des Einzelnen sowie Dritter in den Hintergrund, während es bei Serientätern wesentlich auch um die Rückfallverhütung geht.²³⁶

In der Folge ist man in der Lehre dazu übergegangen, nicht einen einzigen Zweck des Strafrechts für alle möglichen Fälle zu suchen, sondern die unterschiedlichen Zwecke miteinander zu verknüpfen.²³⁷ Diese sog. *Vereinigungstheorien* versuchen eine vermittelnde Haltung zwischen den absoluten und relativen Straftheorien einzunehmen.²³⁸ So wird eine Strafe nicht um ihrer selbst willen angedroht und ausgesprochen, sondern zum Schutze des Gesellschaft, wobei aber die Strafe gerecht im Sinne der dem Täter vorwerfbaren Schuld zu sein hat.²³⁹ Dies kann sich jedoch insofern schwierig gestalten, als die bisherige Darstellung der bekannten Theorien aufgezeigt hat, dass hinsichtlich gewisser Strafzwecke Widersprüche bestehen. Man spricht dabei von der sog. *Antinomie der Strafzwecke*.²⁴⁰ Diese Problematik findet sich auch in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, wo es etwa um den Konflikt zwischen dem Gedanken der Spezial- und der Generalprävention (Behandlung

233 CONINX, recht 2019, 26; STRATENWERTH AT I⁴, § 2 N 29.

234 Siehe dazu eingehend hinten I.D.2.a.

235 BSK StGB⁴-BOMMER, Vor Art. 19 N 49.

236 JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER^{9,17}; STRATENWERTH AT I⁴, § 2 N 31.

237 JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER^{9,17}; MAEDER, recht 2019, 15 f.; B.-D. MEIER⁵, 18; MEYLAN (2019), 23; SPYCHER (2013), 163 f.; STOECKLIN (1971), 40.

238 HURTADO POZO², Rz. 909; JESCHECK/WEIGEND⁵, 75; JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 17; M. KÖHLER (1997), 44; B.-D. MEIER⁵, 18; ROXIN, GA 2015, 186; SCHMIDHÄUSER² (1971), 28; LK StGB IV¹³-U. SCHNEIDER, Vor §§ 46-50 N 29; SPYCHER (2013), 164; STOECKLIN (1971), 40; STRATENWERTH AT I⁴, § 2 N 32; BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 66.

239 JESCHECK/WEIGEND⁵, 69; BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 66.

240 BRUNS, in: FS Dreher, 251; JESCHECK/WEIGEND⁵, 76; M. KÖHLER (1983), 15 ff.; vgl. auch SCHNELLE (1977), 23 f.

ausserhalb des Strafvollzugs gegenüber dem Vollzug der gerechten Strafe) geht.²⁴¹ Das Bundesgericht geht dabei aber nicht von einer Unvereinbarkeit der Strafzwecke aus, sondern spricht von einem «komplexe[n] Verhältnis wechselseitiger Ergänzung, wobei je nach Sachzusammenhang das eine oder andere Kriterium stärker» hervortrete.²⁴² Auch die h.L. stimmt darin überein, dass die Strafzwecke gegeneinander abgewogen und in eine Rangfolge gebracht werden müssen.²⁴³ Die absoluten Straftheorien stehen den Vereinigungstheorien dabei auch nicht entgegen, da Erstere nur besagen, dass in nützlichen Zwecken der Strafe für die Gesellschaft noch keine *hinreichende* Legitimation für deren Begründung gesehen werden kann.²⁴⁴

Bei den Vereinigungstheorien entstehen je nach Schwerpunktesetzung divergierende Kombinationen, etwa die *vergeltende Vereinigungstheorie*, die den Vergeltungszweck in den Vordergrund rückt, von präventiven Überlegungen jedoch nicht absieht, oder die *präventive Vereinigungstheorie*, die den Hauptzweck der Strafe in – je nach Täterschaft variierenden – präventiven Überlegungen sieht, wobei der Schuld jedoch die Funktion der Strafbegründung und der Strafbegrenzung zukommt.²⁴⁵ Wie erwähnt wurde, werden insbesondere in der neueren deutschen Lehre zudem *generalpräventive Vereinigungstheorien* wie die «Theorie der verhältnismässigen Generalprävention»²⁴⁶ oder die «retributive Generalprävention»²⁴⁷ diskutiert.²⁴⁸ Derartige Theorien befinden sich im wissenschaftlichen Diskurs im Vordringen, konnten die «ursprünglichen» Vereinigungstheorien jedoch bislang noch nicht verdrängen.

241 BGE 134 IV 1, E. 5.4.1; 129 IV 161, E. 4.2, das Bundesgericht scheint in diesem Entscheid die Generalprävention mit der Schuld gleichzusetzen: «Dies kann zu Konflikten zwischen dem Gedanken der Spezialprävention [...] und demjenigen der Generalprävention bzw. des gerechten Schuldgleichs (durch Vollzug der schuldadäquaten Strafe) führen, weil ihre Zielsetzungen unterschiedliche Sanktionen nahe legen können [...]»; BGE 124 IV 246, E. 2b, ebenso könne der Gesichtspunkt der Spezialprävention mit dem Aspekt der Rechtsgleichheit in Konflikt geraten.

242 BGE 129 IV 161, E. 4.2; 124 IV 246, E. 2b; 120 IV 1, E. 2b.

243 JESCHECK/WEIGEND⁵, 76; SCHNELLE (1977), 24; STRATENWERTH AT I⁴, § 2 N 32; LK StGB II¹²-THEUNE, Vor §§ 46 ff. N 52; BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 67; krit. dazu CALLIESS, NJW 1989, 1339, wonach «Schuldvergeltung, Verteidigung der Rechtsordnung und Resozialisierung, General- und Spezialprävention [...] jenen Eintopf [bilden], in dem alles mit allem vermengt und Unvereinbares als vereinbar behauptet wird [...]»; vgl. auch CONINX, recht 2016, 169.

244 GETH⁷, Rz. 62.

245 CONINX, recht 2016, 169 f.; JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 17; B.-D. MEIER⁵, 36; MEYLAN (2019), 23 f.; ROXIN/GRECO⁵, § 3 N 33 ff.; SCHNELLE (1977), 25 f.; SPYCHER (2013), 166 ff.

246 Vgl. KASPAR, in: Juristentag, C 23 ff.; ROXIN, in: FS Kaufmann, 531; s. dazu aber auch SCHÖNEBORN, ZStW 1980, 682 ff.

247 Vgl. ANDRISSEK (2017), 86, 148, 237; WALTER, JZ 2019, 654 ff.

248 Vgl. vorne I.B.2.c.

Es konnte mithin vorstehend aufgezeigt werden, dass der Zweck staatlicher Strafe hauptsächlich präventiver Art sein muss, da es die Hauptaufgabe des Strafrechts ist, Rechtsgüterschutz zu gewährleisten und der Gesellschaft zu einem friedlichen Zusammenleben zu verhelfen.²⁴⁹ Aus diesem Grund gilt auch in der h.L. (noch) die präventive Vereinigungstheorie als vorherrschend.²⁵⁰

5. Zwischenbemerkung

Die vorgehenden Ausführungen zu den Straftheorien mögen für eine Übersicht über die gängigen Strafzwecke und deren Vor- und Nachteile für den Moment genügen. Auf sie wird im Verlaufe der vorliegenden Arbeit aber immer wieder zurückzukommen sein. Insbesondere gilt es noch darzulegen, was für konkrete Auswirkungen die Strafzwecküberlegungen nun auf die Strafzumessung haben.²⁵¹ Denn genau dort muss eine Lösung für die Frage gefunden werden, welche Strafzwecke sich in welchem Ausmass auf die Höhe der Strafe im Einzelfall auswirken und wie sie in ein passendes Verhältnis zueinander gebracht werden können.

C. Die Geschichte der Strafzumessung in der Schweiz

Die grundlegenden Prinzipien, die das heutige Straf(zumessungs)recht bestimmen, haben sich über einen längeren Zeitpunkt herausgebildet und nur allmählich durchgesetzt.²⁵² Es bietet sich daher zu ihrem besseren Verständnis ein Blick auf ihre geschichtliche Entwicklung an. Im Folgenden soll aufgezeigt werden, wie sich das Strafrecht als Ganzes und insb. die Strafzumessung auf dem Gebiet der heutigen Schweiz und in umliegenden Regionen entwickelt haben. Aufgrund der Quellenlage setzt die vorliegende Untersuchung in zeitlicher Hinsicht ab dem (frühen) Mittelalter ein.

In diesem Kapitel wird u.a. auch auf die kantonalen Strafgesetzbücher sowie die Entwürfe des Schweizerischen Strafgesetzbuchs Bezug genommen. Auszüge der Strafzumessungsbestimmungen dieser Regelwerke finden sich am Schluss dieser Abhandlung im Anhang.

249 Vgl. vorne I.B.1.c.

250 JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 17; B.-D. MEIER⁵, 35; ROXIN/GRECO⁵, § 3 N 37 ff.

251 Vgl. hinten I.D.2.a.a.2.

252 Vgl. STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 3 f.

1. Die Anfänge des Strafrechts in Mitteleuropa und der Schweiz

a. Das Strafrecht im Mittelalter

Im Mittelalter und der frühen Neuzeit war die Wahrung des Rechtsfriedens ein schwieriges Unterfangen. Die Strafhoheit im Sinne des Gewaltmonopols war damals noch nicht Aufgabe des «Staates» bzw. der herrschenden Autorität.²⁵³ Wollte man Rechtsgüterverletzungen ahnden, wurde grundsätzlich zur Selbsthilfe durch den jeweiligen Familienverband – die sog. Sippe – als gängiges und legitimes Mittel gegriffen, was oftmals im Rahmen der Blutrache oder Fehde geschah.²⁵⁴ Eine wirkliche Befriedung der Gesellschaft konnte so nicht erreicht werden, da es dadurch immer wieder zu «Norm»-Verletzungen kam.²⁵⁵ Erste Versuche der hoheitlichen Konfliktbeilegung stellten die sog. Gottes- und Landfrieden dar.²⁵⁶ Der durch die Kirche ausgerufene Gottesfrieden hatte zum Ziel, bestimmte Orte, Zeiten und Personen von der Fehde auszunehmen.²⁵⁷ Der durch die weltlichen Herrscher – insb. den Stauferkaiser FRIEDRICH II. – ausgerufene Landfrieden (so etwa der Zweite Mainzer Reichslandfrieden von 1235) erklärte die Fehde sogar insgesamt für unzulässig.²⁵⁸ Die erste dauerhafte Befriedung erfolgte im Jahre 1495 durch den von Kaiser MAXIMILIAN I. initiierten «Ewigen Landfrieden».²⁵⁹ Das Gewaltmonopol war zu dieser Zeit in den Orten der Eidgenossenschaft zwar noch relativ schwach, festigte sich aber bis zum Ende des Ancien Régime sukzessive.²⁶⁰

253 BRÄGGER (2018), 18; BRÄGGER/ZANGGER (2020), Rz. 503.

254 HAGEMANN (1981), 165; KILLIAS et al.², Rz. 109; MITTEIS/LIEBERICH¹⁹, 98, 305; OSENBRÜGGEN (1968), 3 ff.; PAHUD DES MORTANGES², Rz. 188; PFENNINGER (1890), 17; PIETH², 5, 13; RADBRUCH² (1950), 1; RÜPING/JEROUSCHEK⁶, Rz. 63; W. SCHMID (1969), 4; TEMME (1855), 16 f.; VON LISZT/SCHMIDT²⁶, 36.

255 BRÄGGER (2018), 18.

256 HIS (1920), 2 ff.; MITTEIS/LIEBERICH¹⁹, 305; OSENBRÜGGEN (1968), 9 ff.; PAHUD DES MORTANGES², Rz. 43, 188; SCHILD (2010), 21 ff.; DERS. (1980), 16; vgl. auch HAGEMANN (1981), 165.

257 MITTEIS/LIEBERICH¹⁹, 305; PIETH², 13; SCHILD (2010), 22 f.; m.w.H. SENN⁴, 76.

258 HIS (1920), 8; KROESCHELL/CORDES/NEHLSSEN-VON STRYK⁹, 167; PIETH², 13; RÜPING/JEROUSCHEK⁶, Rz. 50; SCHILD (2010), 26; SENN⁴, 77; vgl. auch die Basler Stadtfrieden von 1286 und 1339 (HAGEMANN [1981], 233).

259 KILLIAS et al.², Rz. 110; PIETH², 13; SCHILD (2010), 26; SENN⁴, 77; s.a. RÜPING/JEROUSCHEK⁶, Rz. 88.

260 PAHUD DES MORTANGES², Rz. 188; interessanterweise äusserte sich bereits der Bundesbrief von 1291 zwischen den Talschaften Uri, Schwyz und Unterwalden zum Strafmass im Falle der vorsätzlichen Tötung, wonach die Todesstrafe auszusprechen sei, s. Bundesbrief 1291 «*Super omnia autem inter ipsos extitit statutum, ut, qui alium fraudulenter et sine culpa trucidaverit, si deprehensus fuerit, vitam ammittat, nisi suam de dicto maleficio valeat ostendere innocenciam, suis nefandis culpīs exigentibus [...]*»).

Im Frühmittelalter unterschied man noch nicht wie heute klar zwischen dem Zivil- und dem Strafrecht.²⁶¹ In den vom 6. bis ins 9. Jahrhundert aufgezeichneten germanischen Stammesrechten, den sog. *Leges Barbarorum*, die eine praxisnahe Regelsammlung germanischer und römischer Quellen darstellten, fanden sich aber schon damals detaillierte Straftarife (sog. *Wergeld* und *Busse*) für verschiedene Formen der Körperverletzung im Sinne eines Erfolgsstrafrechts.²⁶² Die zu büssenden Verfehlungen waren grundsätzlich kasuistisch verfasst – abhängig etwa von der Schwere der Verletzung sowie dem Geschlecht und Alter der verletzten Person²⁶³ – und liessen entsprechend keinen Raum für Ermessen. Für die Tötung eines freien Mannes sah etwa das *Lex Alamannorum* eine Sanktion von 160 Schillingen vor, was damals dem Sachwert von 160 Ochsen entsprach.²⁶⁴ Ein weiterer Bussentarif lautete: «1. Wenn einer aber die Spitze des Daumens abschlägt, büsse er mit 6 Schillingen, 2. Wenn aber ganz, mit 12. 3. Wenn er von dem nächsten bei dem Daumen das erste Glied abschlägt, 2 ½ Schillinge, 4. Wenn er ihn aber im zweiten Glied abschlägt, büsse er 5 Schillinge [...]».²⁶⁵ Es war dabei durchaus auch etabliert, die Bussenhöhe nach dem Stand und/oder der Volksangehörigkeit des jeweiligen Opfers zu bemessen.²⁶⁶ So statuierte die *Lex Ribuaria*: «1. Wenn ein Ribuarier einen zugewanderten Franken tötet, werde er wegen 200 Schillingen als schuldig erachtet. 2. Wenn ein Ribuarier einen zugewanderten Burgunden tötet, werde er mit zweimal 80 Schillingen bestraft [...]. 9. Wenn jemand einen Bischof tötet, werde er mit drei mal 300 Schillingen bestraft [...]».²⁶⁷ Der Zweck dieser Geldstrafen lag dabei in der Zurückdrängung des Racheverlangens der geschädigten Person oder der Angehörigen, da durch die finanziellen Genugtuungsleistungen Schäden an der körperlichen Integrität ausgeglichen werden sollten; wurde die vorgeschriebene Leistung nicht erbracht, verfiel der Straftäter der «Friedlosigkeit» und war dadurch der Rache ausgeliefert.²⁶⁸

Im Hochmittelalter nahm der Einfluss des Kirchenrechts auf das Strafrecht zu.²⁶⁹ Die Erfolgshaftung der *Leges Barbarorum* wich einer Frühform des

261 P. HOFFMANN (1995), 46; PIETH², 4; TEMME (1855), 15.

262 MITTEIS/LIEBERICH¹⁹, 99; RÜPING/JEROSCHEK⁶, Rz. 8; SCHILD (2010), 153; P. SCHNEIDER (1979), 48; VON LISZT/SCHMIDT²⁶, 43 f.; vgl. auch KILLIAS et al.², Rz. 109; OSENBRÜGGEN (1968), 14 ff.; RADBRUCH² (1950), 1 ff.

263 TEMME (1855), 17.

264 SENN⁴, 42.

265 RÜPING/JEROSCHEK⁶, Rz. 9; s. für abgedruckte «Tarife» auch PIETH², 4 f.

266 TEMME (1855), 17; VON LISZT/SCHMIDT²⁶, 44; vgl. auch OSENBRÜGGEN (1968), 20.

267 KROESCHELL/CORDES/NEHLSSEN-VON STRYK⁹, 43 ff.; RÜPING/JEROSCHEK⁶, Rz. 10.

268 BRÄGGER (2018), 18; BRÄGGER/ZANGGER (2020), Rz. 504; P. HOFFMANN (1995), 48; MITTEIS/LIEBERICH¹⁹, 99.

269 RÜPING/JEROSCHEK⁶, Rz. 30 ff.

Schuldprinzips.²⁷⁰ Die Fehde wurde zunehmend durch die Alternative des Inquisitionsprinzips abgelöst.²⁷¹ Im Hinblick auf die Strafen galt zu dieser Zeit das Talionsprinzip (*ius talionis*), wonach eine Rechtsgutverletzung nach dem (alt-)biblischen Motto «Auge für Auge, Zahn für Zahn» gerächt werden sollte.²⁷² Als Strafen waren daher insb. sog. «spiegelnde Strafen», wie etwa das Abhauen der Schwurfinger, das Herausschneiden der Zunge beim Meineid sowie andere peinliche Strafen äusserst verbreitet.²⁷³

b. Die Rezeption des römischen Rechts nördlich der Alpen

Der Beginn des Strafrechts der Neuzeit ist in der Rezeption des römischen Rechts basierend auf der italienischen Rechtswissenschaft des Spätmittelalters zu verorten.²⁷⁴ Im Rahmen der Rezeption ist v.a. auf die vom Hofrichter JOHANN VON SCHWARZENBERG 1507 geschaffene Bambergische Halsgerichtsordnung (*Constitutio Criminalis Bambergensis*) hinzuweisen.²⁷⁵ Diese wurde zum beinahe vollständig wörtlich übernommenen Vorbild für die 1532 von KAISER KARL V. geschaffene Peinliche Halsgerichtsordnung, der *Constitutio Criminalis Carolina*, die für das ganze damalige Deutsche Reich Geltung erlangte.²⁷⁶ Die *Carolina* hatte zum Ziel, das strafwürdige Verhalten genauer

270 PIETH², 22.

271 IGNOR (2002), 44 ff.; MITTEIS/LIEBERICH¹⁹, 307; PIETH², 22; SCHILD (2010), 154 ff.; der Inquisitionsprozess hatte insb. als Neuerung, dass Behörden gegen Verdächtige von Amtes wegen Strafverfahren einleiteten (BRÄGGER [2018], 22).

272 BRÄGGER (2018), 19; BRÄGGER/ZANGGER (2020), Rz. 506; RÜPING/JEROUSCHEK⁶, Rz. 40; STEINBERG, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius, Bd. 1, § 5 N 27.

273 BRÄGGER/ZANGGER (2020), Rz. 505; MITTEIS/LIEBERICH¹⁹, 100; RÜPING/JEROUSCHEK⁶, Rz. 40, 56, 65; vgl. auch § 176a (Vergeltungsgedanke) des Schwabenspiegels: «*Bem der mund wirt ab gesniten oder dy augen aus gestochen oder dy oren ab gesnyten oder dye zung wirt aus gesniten oder vnder den painen wirt gesniten oder im sunst der aines wirt uerderbet, wer dy ding dem andern tut dem sol man das selbig hinbider tun [...]*», abgedruckt in: GROSSE (1964) sowie RÜPING/JEROUSCHEK⁶, Rz. 65; PIETH², 22, 31; eingehend zu den verschiedenen Strafen SCHILD (2010), 168 ff.; DERS. (1980), 197 ff.; STEINBERG, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius, Bd. 1, § 5 N 27.

274 EYMANN (1980), 28; STRATENWERTH AT I⁴, § 1 N 1; VON LISZT/SCHMIDT²⁶, 48 f.

275 Vgl. dazu KILLIAS et al.², Rz. 115; KROESCHELL/CORDES/NEHLSSEN-VON STRYK⁹, 293; A. MEIER (1911), 9; RÜPING/JEROUSCHEK⁶, Rz. 97 ff.; STRATENWERTH AT I⁴, § 1 N 1; VON LISZT/SCHMIDT²⁶, 49 f.; neuere Meinungen zweifeln jedoch an, dass von Schwarzenberg wirklicher Urheber der *Bambergensis* war, da er u.a. weder ein juristisches Studium abgeschlossen habe noch der lateinischen Sprache mächtig gewesen sei, weshalb es sich vielmehr um ein Gemeinschaftswerk verschiedener gelehrter Juristen gehandelt habe, vgl. SCHLOSSER (2017), 92.

276 KROESCHELL/CORDES/NEHLSSEN-VON STRYK⁹, 294; PIETH², 27; RÜPING/JEROUSCHEK⁶, Rz. 98; SCHLOSSER (2017), 92 ff.; STEINBERG, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius, Bd. 1, § 5 N 34; STRATENWERTH AT I⁴, § 1 N 1; VON LISZT/SCHMIDT²⁶, 51; eine sog. salvatorische Klausel sollte den Vorrang des Landesrechts zwar wahren, aufgrund ihrer Vorzüge

zu umschreiben sowie die bisher übliche Folter als Instrument des Strafprozesses zurückzudrängen.²⁷⁷ Sie war auf dem Gedanken gegründet, dass die Strafe durch die Hand des Staates eine Sanktion darstellte, welche Gerechtigkeit herzustellen hatte.²⁷⁸ Beachtlich ist, dass die *Carolina* neben diesem absoluten auch relative Strafzwecke verfolgte.²⁷⁹ Durch die äusserst brutale Bestrafung der Delinquenten sollte etwa ein Exempel statuiert werden, da man jeweils nur weniger Straftäter habhaft wurde.²⁸⁰ So stand die Bestrafung auch hier bereits im Zeichen der Generalprävention. Dadurch, dass die strafrechtliche Zurechnung auf der Schuld gegründet war, bemass sie sich auch nach vorsätzlich oder fahrlässig verschuldetem Tun.²⁸¹ Als Rechtsfolgen eines strafbaren Verhaltens sah die *Carolina* hauptsächlich peinliche Strafen (Todes- und Leibesstrafen, jedoch auch sog. Ehrenstrafen) vor.²⁸²

Durch ihre breite Anerkennung blieb die *Carolina* in Deutschland beinahe bis 1800 das massgebende Strafgesetzbuch.²⁸³ Ihre Auswirkungen im Gebiet der damaligen Schweiz sind umstritten; eine Rolle spielte dabei, dass sich die damalige Eidgenossenschaft im Schwabenkrieg von 1499 faktisch vom Deutschen Reich getrennt hatte und die *Carolina* als Reichsgesetz nicht zwingend anwendbar war bzw. keine Gesetzeskraft beanspruchen konnte.²⁸⁴ Entsprechend liegen unterschiedliche Aussagen hinsichtlich der Anerkennung der *Carolina* vor. Einige Stimmen sprachen der *Carolina* eine subsidiäre Stellung zu den anderen jeweils geltenden Kodifikationen zu,²⁸⁵ andere gingen von ihrer unumstrittenen

erfuhr die Gerichtsordnung jedoch weitgehende Anerkennung; Abdruck der Gerichtsordnung etwa in *Sammelband Strafgesetzbücher 1999*; vgl. auch HÄRTER (2018), 27; KILLIAS et al.², Rz. 115; A. KOCH, in: Koch et al., 41.

277 STRATENWERTH AT I⁴, § 1 N 2.

278 JESCHECK/WEIGEND⁵, 64.

279 RÜPING/JERUSCHEK⁶, Rz. 100; W. SCHMID (1969), 4; STEINBERG, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius, Bd. 1, § 5 N 35; so erfolgt der Strafausspruch gem. Art. 104 der *Carolina* «nach gelegenheyt vnd ergerluss der übelthatt, auss lieb der gerechtigkeit, vnd vmb gemeynes nutz willen».

280 PIETH², 31.

281 PIETH², 27; RÜPING/JERUSCHEK⁶, Rz. 100; STRATENWERTH AT I⁴, § 1 N 2.

282 PIETH², 31.

283 A. KOCH, in: Koch et al., 41; PIETH², 27; STRATENWERTH AT I⁴, § 1 N 1; VON LISZT/SCHMIDT²⁶, 52; s.a. A. MEIER (1911), 8.

284 A. MEIER (1911), 122; PFENNINGER (1890), 80; PIETH², 27; STRATENWERTH AT I⁴, § 1 N 1; THORMANN/VON OVERBECK (1940), 5.

285 «Schwyz und Zug haben freilich die peinliche Gerichtsordnung Karls V. als Aushilfe. Allein selbst diese ist gegen neue Strafgesetzbücher so beschränkt und die Praxis weicht in diesen Kantonen so vielfach von ihr ab, dass diese Aushilfe hier in keinen Anschlag kömmt [...]» (SIEGWART-MÜLLER [1833], 8); s.a. KILLIAS et al.², Rz. 115; PIETH², 32.

Geltung aus.²⁸⁶ Dritte wiederum bestritten deren Anerkennung als geltendes Recht; auf sie sei nur als «Belehrung des Richters» zurückgegriffen worden.²⁸⁷ Aufgrund der verschiedenen Untersuchungen ab dem Ende des 19. Jahrhunderts ist davon auszugehen, dass die *Carolina* einen nicht zu unterschätzenden Einfluss im Gebiet der damaligen Eidgenossenschaft hatte.²⁸⁸ In einigen Regionen wurde sie auch direkt durch die Gerichte angewendet. Darunter fielen etwa das Fürstbistum Basel sowie der Klosterstaat St. Gallen, aber auch die Anwendung als Kriebsrecht der eidgenössischen Söldner.²⁸⁹ Als subsidiäre Rechtsquelle fand sie überdies in Basel und Schaffhausen Anwendung, darüber hinaus finden sich ihre Spuren noch im Wallis, Freiburg, Neuenburg sowie in einigen Orten der heutigen Zentralschweiz.²⁹⁰ So gab es in Luzern ein sog. «Instruktionenbuch» für den Ratsrichter aus dem Jahre 1606, das als Anhang einen Katalog von 75 Artikeln über Strafverfahren und Strafandrohungen enthielt; bei diesem handelte es sich um nichts anderes als einen Auszug aus der *Carolina*.²⁹¹

Neben der *Carolina* entstanden auch eine Vielzahl von weiteren Strafrechtskodifikationen in der Schweiz. Andere bedeutende Rechtsquellen jener Zeit waren etwa die Stadtsatzung von Bern aus dem Jahre 1539, die erneuerte Gerichtssatzung von 1614 sowie die erneuerte «Gerichtssatzung für die Stadt Bern und derselben Teutsche Städte und Landschaften» von 1761. Im bernischen Waadtland galten etwa die «Coutumes des quatre bonnes villes» von 1577 sowie ab dem Jahre 1616 die «Lois et Statuts du Pays de Vaud». Zu erwähnen sind des Weiteren das 1650 erneuerte Landbuch Churwalden sowie die aargauischen Blut- und Malefizgerichtsverordnungen der Städte Bremgarten (1454), Aarau (1596), Mellingen (1757) und anderen.²⁹² In Zürich wurden 1539 im sog. Schwarzen Buch die Satzungen und Ordnungen der Stadt zusammengestellt.²⁹³

286 «Es galt daselbst [Neuenburg], gleich wie in den meisten Kantonen der Schweiz – obwohl theoretisch ihre Gesetzeskraft bestritten war – bis vor Kurzem die Peinliche Gerichtsordnung Carls V., und es besteht noch eine danach ausgebildete Gerichtspraxis [...]» (TEMME [1855], 2); PAHUD DES MORTANGES², Rz. 189.

287 «Man vermied jede formelle Anerkennung der [...Carolina] als eines Reichsgesetzes, sie fand nur Annahme als Belehrung des Richters [...]» (VON SEGESSER [1858], 175); s. für eine eingehende Untersuchung der Geltung der *Carolina* in der Schweiz PFENNINGER (1890), 80 ff.; s. für Basel EYMANN (1980), 31.

288 PAHUD DES MORTANGES², Rz. 189; PIETH², 32 f.

289 A. MEIER (1911), 123 ff.; PAHUD DES MORTANGES², Rz. 189; PFENNINGER (1890), 92; STRATEN WERTH AT I⁴, § 1 N 1; vgl. auch KILLIAS et al.², Rz. 115; THORMANN/VON OVERBECK (1940), 8.

290 PAHUD DES MORTANGES², Rz. 189; PFENNINGER (1890), 80 ff.; THORMANN/VON OVERBECK (1940), 8; s. für Basel EYMANN (1980), 31; SUTER (1990), 104; DERS. (2006), 21.

291 THORMANN/VON OVERBECK (1940), 6; vgl. auch A. MEIER (1911), 173 ff.

292 THORMANN/VON OVERBECK (1940), 6.

293 THORMANN/VON OVERBECK (1940), 6.

In Basel stützte sich die strafrechtliche Rechtsprechung u.a. auf die sog. Gutachten der Basler Stadtkonsulenten.²⁹⁴

Bis zum 18. Jahrhundert waren die Strafgesetzbücher als eine *Friedensordnung* angesehen worden.²⁹⁵ Hauptaufgabe des Strafrechts war nicht die Bestrafung bestimmter, genau umschriebener Handlungen, sondern die Aufrechterhaltung des Friedens als Grundlage des «normalen» Zustandes des Gemeinwesens; ein Friedbruch im Sinne eines Verstosses gegen eine Friedensordnung stellte eine Treulosigkeit gegenüber der Obrigkeit dar.²⁹⁶ Die damaligen Strafgesetzbücher waren in der Aufzählung der einzelnen Delikte zudem noch überaus lückenhaft.²⁹⁷ Die einzelnen Bestimmungen enthielten grundsätzlich nur absolut bestimmte Strafdrohungen; dem Richter stand daher nur die Verhängung oder Nichtverhängung der unabänderlich vom Gesetz vorgesehenen Strafe zu.²⁹⁸ Zwar mag das Vorliegen von solch festen Tarifen der Rechtssicherheit gedient haben, einer eigentlichen Würdigung der konkreten Schuld entsprach dies jedoch nicht.²⁹⁹ Es kam ganz nach dem germanischen Sprichwort «Die Tat tötet den Mann» auf die Verursachung, d.h. den Erfolg, und nicht das persönliche Verschulden an.³⁰⁰ Eine Ausnahme von diesem «Richten nach Recht»³⁰¹ stellte das sog. «Richten nach Gnade(n)»³⁰² dar. Dabei handelte es sich nicht um den damals ebenfalls bekannten Erlass einer Strafe *nach* ergangenem Urteil durch die oberste Behörde,³⁰³ sondern um die Gnade

294 Vgl. SUTER (2006), 195.

295 THORMANN/VON OVERBECK (1940), 7.

296 THORMANN/VON OVERBECK (1940), 7.

297 THORMANN/VON OVERBECK (1940), 6.

298 METZGER (1931), 120; VON LISZT/SCHMIDT²⁶, 418; vgl. auch HAGEMANN (1981), 190 ff., der jedoch darauf hinweist, dass z.B. dem für die Verurteilung bestimmter Delikte zuständigen Rat in Basel bereits ein gewisses Ermessen zustand («*der sol darum gestroft werden noch der reten erkanntnisse*») und je nach Begehungsart eine Straferhöhung (oder auch Minderung) erfolgen konnte, etwa bei nächtlicher Begehung des Delikts: «*bi nacht und bi nebel*» (Fn. 278; vgl. auch METZGER [1931], 125). Dieses Ermessen galt jedoch nicht für die Strafjustiz der Gerichte (Fn. 642).

299 Vgl. ALLEMANN (1917), 11; P. SCHNEIDER (1979), 48.

300 ALLEMANN (1917), 12; SCHLOSSER (2017), 90; P. SCHNEIDER (1979), 48; VON WERDT (1956), 28; es ist jedoch anzumerken, dass das germanische Recht teilweise auch schon zwischen fahrlässigem und vorsätzlichem Handeln unterschied. Schon in fränkischer Zeit wurde die fahrlässige Tatbegehung («*Ungefährwerk*») anders bestraft als das Vorsatzdelikt (HIS [1928], 9 ff.; PIETH², 22; SCHNEIDER [1979], 49; s.a. ALLEMANN [1917], 12).

301 HIS (1920), 387f.

302 HIS (1920), 387; METZGER (1931), 120 m.w.H. («*Im wesentlichen bestand [...] das Richten nach Gnaden darin, dass mit Rücksicht auf irgend welche als mildernd angesehene Umstände oder auf Fürbitte des Täters und anderer Leute nicht der absoluten Strafdrohung des Gesetzes entsprochen, sondern schon im Urteil auf eine gelinderte Strafe erkannt wurde [...]*»); PFENNINGER, SJZ 1934, 195; THORMANN/VON OVERBECK (1940), 7; VON LISZT/SCHMIDT²⁶, 418; VON WERDT (1956), 28; WIDMER (1901), 107.

303 Siehe HIS (1928), 72; DERS. (1920), 387 ff.

vor bzw. beim Erlass des Entscheids.³⁰⁴ Dabei konnte der Richter die Strafe nach seinem Gutdünken mindern, wenn er der Ansicht war, dass im konkreten Fall die angedrohte Strafe zu streng erschien.³⁰⁵ Dieses Richten nach Gnade(n) war Surrogat für die noch mangelhaft ausgebildete Schuldlehre sowie die fehlenden relativ bestimmten Strafen.³⁰⁶ Eine auf diese Weise durchgeführte Strafminderung war ein nicht dem Gesetz, aber dem Gerechtigkeitsgefühl entsprechender Ausweg, um dem konkreten Einzelfall gerecht zu werden.³⁰⁷

c. Die Aufklärung

Im 18. Jahrhundert leitete die in (West-)Europa einsetzende Aufklärungsbewegung eine neue Strafrechtsentwicklung ein.³⁰⁸ Mit der von HUGO GROTIUS propagierten neuzeitlichen Naturrechtslehre wurde das denkende Individuum an die Stelle des gläubigen Menschen des Mittelalters gesetzt, wodurch sich die Rechtslehre vom Einfluss der Theologie löste.³⁰⁹ Der von GROTIUS entwickelte Ansatz wurde u.a. von SAMUEL PUFENDORF, CHRISTIAN THOMASIVS sowie CHRISTIAN WOLFF systematisch ergänzt und zum *Vernunftrecht* weiterentwickelt.³¹⁰ Im Gegensatz zum religiös geprägten Strafrecht, das vom Gedanken der Vergeltung und Entsöhnung geprägt war, folgerten die Naturrechtsphilosophen gestützt auf das säkularisierte Rechtsdenken, dass die Aufgabe des Strafrechts in der Verhinderung künftiger Delikte bestehe.³¹¹ Dafür wurden spezial- sowie generalpräventive Überlegungen herangezogen, letztere insb. in Form der Abschreckung durch Strafverhängung.³¹² Verfechter der Spezialprävention fanden sich zum Ende des 18. Jahrhunderts etwa in den Personen von ERNST FERDINAND KLEIN oder GALLUS ALOYS KLEINSCHROD, deren Ansätze jedoch, bedingt durch die Vergeltungslehre KANTS³¹³ sowie durch generalpräventive Ansätze (insb. durch die Lehren FEUERBACHS³¹⁴), zurückgedrängt wurden.³¹⁵ Durch Überlegungen zur Generalprävention und dem dieser u.a. inhärenten Zweck der Aufrechterhaltung bzw. Förderung des

304 VON WERDT (1956), 28.

305 HIS (1928), 72; VON WERDT (1956), 28.

306 HIS (1928), 72; VON WERDT (1956), 28.

307 HASSEMER, ZStW 1978, 85.

308 HURTADO POZO/AGUIRRE, in: MH Queloz 535; LENARCIC (2011), 53; RÜPING/JEROUSCHEK⁶, Rz. 150 ff.; SCHMIDT, ZStR 1958, 341 ff.

309 DROST (1930), 81 f.; VON WERDT (1956), 28; VORMBAUM⁴, 22.

310 RÜPING/JEROUSCHEK⁶, Rz. 151 ff.; VORMBAUM⁴, 22.

311 HÄRTER (2018), 31; KILLIAS/AEBI/KUHN⁴, Rz. 608; W. SCHMID (1969), 5; VORMBAUM⁴, 23.

312 KILLIAS/AEBI/KUHN⁴, Rz. 608; K. SEELMANN, ZStW 1989, 339 f.; VORMBAUM⁴, 23.

313 Vgl. vorne I.B.1.b.

314 Vgl. VON FEUERBACH³, 17 ff.

315 VORMBAUM⁴, 23.

Gemeinwohls (*salus publica*) wurde zudem die Proportionalität von Strafe und Delikt zueinander vermehrt hervorgehoben.³¹⁶

Wesentliche Anstösse für eine strafrechtliche Reform im Geiste der Aufklärung kamen schliesslich aus Frankreich (MONTESQUIEU, VOLTAIRE, ROUSSEAU) und Italien (FILANGIERI, PAGANO, BECCARIA).³¹⁷ So schrieb etwa CESARE BECCARIA:³¹⁸ «Aus der einfachen Betrachtung der bislang erörterten Wahrheiten geht offenkundig hervor, dass es nicht der Zweck der Strafen ist, ein empfindliches Wesen zu quälen und zu plagen, noch, ein bereits begangenes Verbrechen ungeschehen zu machen [...]. Der Zweck ist nach alledem kein anderer als der, den Schuldigen daran zu hindern, seinen Mitbürgern neue Schäden zuzufügen, und andere davon abzuhalten, derartiges zu tun. Jene Strafen also und jenes Verfahren zu ihrer Verhängung verdienen den Vorzug, die, vorbehaltlich der Verhältnismässigkeit, den wirksamsten und dauerhaftesten Eindruck auf die Gemüter der Menschen ausüben, und die den Körper des Schuldigen am wenigsten quälen.»³¹⁹

Das vernunftrechtliche Strafrecht konnte vorerst jedoch noch keinen durchgreifenden Einfluss auf die Gesetzgebung vorweisen.³²⁰ So standen die zu jener Zeit eingeführten Strafgesetzbücher – etwa der *Codex Iuris Bavarici Criminalis* von 1751 oder die *Constitutio Criminalis Theresiana* von 1768 – noch unter dem Einfluss des mittelalterlichen «gemeinen Rechts» (*ius commune*).³²¹ Die in der Aufklärung geforderten Grundsätze schlugen sich erst im Kriminalgesetzbuch des Grossherzogs Leopold von Toskana (sog. *Leopoldina*) von 1786, im Allgemeinen Gesetz über Verbrechen und derselben Bestrafung Kaiser Josephs II. für Österreich (sog. *Josephina*) sowie im preussischen Allgemeinen Landrecht (ALR) nieder.³²²

Hinsichtlich der gerichtlichen Strafzumessung gilt es im Zeitraum der Aufklärung dabei zwei Abschnitte zu unterscheiden: Die frühe Aufklärung und

316 RÜPING/JEROUSCHEK⁶, Rz. 162.

317 A. KOCH, in: Koch et al., 45 ff.; LENARCIC (2011), 55; W. SCHMID (1969), 5; SCHMIDT, ZStrR 1958, 345; VORMBAUM⁴, 24 f.

318 BECCARIA², in: Calamandrei, 242 f.; vgl. auch vorne I.B.2.a.

319 Aus dem Italienischen übersetzt von Vormbaum, in: BECCARIA (2004), 45 («*Dalla semplice considerazione delle verità fin qui esposte egli è evidente, che il fine delle pene non è di tormentare ed affliggere un essere sensibile, né di disfare un delitto già commesso [...]. Il fine dunque non è altro che d'impedire il reo dal far nuovi danni ai suoi cittadini, e di rimuovere gli altri dal farne uguali. Quelle pene dunque e quel metodo d'infliggerle deve essere prescelto, che, serbata la proporzione, farà una impressione più efficace e più durevole sugli animi degli uomini, e la meno tormentosa sul corpo del reo*»).

320 LENARCIC (2011), 54.

321 LENARCIC (2011), 54; VORMBAUM⁴, 31.

322 VORMBAUM⁴, 31; die *Josephina* verwirklichte als erstes Strafgesetzbuch im deutschen Rechtsgebiet den Gedanken des *nullum crimen, nulla poena sine lege* (DROST [1930], 99).

Naturrechtslehre forderte unter dem Eindruck der etwa durch die *Carolina* angedrohten grausamen Körperstrafen eine freie und souveräne Stellung des Richters, der u.U. die harte gesetzliche Strafandrohung mildernd korrigieren konnte.³²³ Dieser Gerichtspraxis wurde jedoch unter Bezugnahme auf das frühere «Richten nach Gnade(n)»³²⁴ vermehrt Willkür vorgeworfen, da es ihr an gesetzlichen Grundlagen sowie an wissenschaftlichen Prinzipien mangelte.³²⁵ Im Verlauf des 18. Jahrhunderts setzte als Reaktion eine Gegenbewegung ein, welche die bürgerlichen Freiheiten durch einen gestützt auf die Vernunftgrundsätze verfahrenen Gesetzgeber garantiert sah.³²⁶ Der dagegen eine Bedrohung darstellende freie bzw. willkürliche Richter sollte hierbei durch eine strikte Gesetzesbindung in seine Schranken gewiesen werden.³²⁷ CESARE BECCARIA hielt dies folgendermassen fest: «Nicht einmal die Befugnis zur Auslegung der Strafgesetze kann den Kriminalrichtern zugebilligt werden, und zwar aus eben dem Grund, dass sie nicht Gesetzgeber sind.»³²⁸ Dies führte dazu, dass nunmehr wiederum nur der Erfolg der Tat bei der Strafzumessung berücksichtigt werden sollte.³²⁹ Der gerichtliche Ermessensspielraum wurde so mit Einführung der *Leopoldina*, der *Josephina* sowie des ALR eingeschränkt.³³⁰

Die geistige Strömung der Aufklärung liess auch die Strafgesetzgebungsarbeiten auf dem Gebiet der heutigen Schweiz nicht unberührt.³³¹ Insbesondere in der Westschweiz entstanden in diesem Zusammenhang einige beachtenswerte Abhandlungen.³³² In Basel fand sich überdies mit ISAAK ISELIN ein bedeutender Kritiker der Todesstrafe, in Zürich forderte JOHANN HEINRICH PESTALOZZI eine umfassende Reform des Strafrechts nach den Grund-

323 VORMBAUM⁴, 26, 31.

324 Vgl. vorne I.C.1.b.

325 ALLEMANN (1917), 16 f.; PFENNINGER, SJZ 1934, 195; VON LISZT/SCHMIDT²⁶, 418; VON WERDT (1956), 29; s.a. K. SEELMANN, ZStW 1989, 348 f.; VORMBAUM⁴, 26 f.

326 VORMBAUM⁴, 26 f.

327 ALLEMANN (1917), 17; DROST (1930), 87 f.; KILLIAS et al.², Rz. 1204; A. KOCH, in: Koch et al., 46; PFENNINGER, SJZ 1934, 195; SCHREIBER (1976), 46 ff.; VON WERDT (1956), 29.

328 Aus dem Italienischen übersetzt von Vormbaum, in: BECCARIA (2004), 13 («*Nemmeno l'autorità d'interpretare le leggi penali può risiedere presso i giudici criminali, per la stessa ragione che non sono legislatori [...]»*); vgl. auch DROST (1930), 88.

329 VON WERDT (1956), 29.

330 Die *Josephina* hielt in § 13 des ersten Teils fest: «*[Dem] Kriminalrichter [...] ist [...] bei strengster Verantwortung die gesetzmässig vorgeschriebene Strafe weder zu lindern, noch zu verschärfen erlaubt [...]»* (s. *Josephina* 1787); PFENNINGER, SJZ 1934, 195; VORMBAUM⁴, 31.

331 PFENNINGER (1890), 103 («*Wohl nie ist der Glaube an die Allmacht der Gesetzgebung grösser gewesen als in dieser Periode [...]»*).

332 Vgl. dazu LENARCIC (2011), 57 Fn. 390.

prinzipien der Aufklärung.³³³ In der Folge erhielten Bestrebungen Aufwind, neue und vollständige Strafrechtskodifikationen zu erlassen.³³⁴ Im Jahre 1777 schrieb die bernische ökonomische Gesellschaft sogar einen Preis von 100 Louisd'or für die beste Abhandlung über eine Kriminalgesetzgebung aus.³³⁵

2. Das Peinliche Gesetzbuch der Helvetischen Republik vom 4. Mai 1799

Die erste markante Verwirklichung der Ideen der Aufklärung im schweizerischen Strafrecht findet sich im Peinlichen Gesetzbuch der Helvetischen Republik von 1799.³³⁶ Erstmals besass die Schweiz mit diesem während der kurzen Zeitperiode der Helvetik (1798–1803) ein das ganze Gebiet der damaligen Eidgenossenschaft umfassendes Strafgesetzbuch.³³⁷ Nach der Proklamation zu einem Einheitsstaat am 12. April 1798 wurde bereits am 27. April des gleichen Jahres eine Kommission «für die Materien der Strafgerichtsbarkeit» bestellt, die sich auch mit einem neu zu erstellenden Strafgesetz befasste.³³⁸ Bei den darauffolgenden Beratungen wurde vorgebracht, dass die Schaffung eines vollkommen neuen Strafgesetzbuchs jahrelange Arbeit erfordere, jedoch ein dringendes Bedürfnis nach der raschen Einführung eines einheitlichen Strafrechts bestehe.³³⁹ Dies führte dazu, dass mit Bestätigung des Senats vom 4. Mai 1799 das französische Strafgesetzbuch vom 25. September 1791 mit nur wenigen Änderungen – und dadurch in beinahe wörtlicher Übereinstimmung – als Peinliches Gesetzbuch der Helvetischen Republik übernommen wurde.³⁴⁰ In den Beratungen wurde vorgebracht, dass die französische Kodifikation neben ihrer allgemeinen Bekanntheit das menschlichste unter den Strafgesetzen sei und auf den neusten Grundsätzen der Philosophie gründe.³⁴¹

333 LENARCIC (2011), 57; vgl. auch PFENNINGER (1890), 103.

334 THORMANN/VON OVERBECK (1940), 8.

335 THORMANN/VON OVERBECK (1940), 8.

336 KILLIAS et al.², Rz. 117; VON WERDT (1956), 29.

337 ALLEMANN (1917), 21; EYMANN (1980), 43; PFENNINGER (1890), 142 f.; SUTER (1997), 7; TEICHMANN, in: von Liszt, 268 f.

338 TEICHMANN, in: von Liszt, 369.

339 TEICHMANN, in: von Liszt, 369.

340 ALKALAY (1984), 161 ff.; ALLEMANN (1917), 21; EYMANN (1980), 43; PFENNINGER (1890), 142 f.; STRATENWERTH AT⁴, § 1 N 4; TEICHMANN, in: von Liszt, 369 ff.; TEMME (1855), 26; vgl. auch Grundzüge-I/1892, 2; THORMANN/VON OVERBECK (1940) sprechen von einer schlechten und notdürftig in einzelnen Bestimmungen angepassten Übersetzung des französischen Code pénal (10).

341 TEICHMANN, in: von Liszt, 369.

Das *Peinliche Gesetzbuch* behandelte nur Verbrechen, Vergehen sollten eine spätere separate Regelung erfahren.³⁴² Entsprechend enthielt das Gesetz nur eine relativ kleine Anzahl an Tatbeständen. Ein Drittel der Bestimmungen bezog sich auf den Staatsschutz und drohte bei entsprechenden Verstössen überwiegend die Todesstrafe (in der «milden» Form der Enthauptung) an; alle übrigen *peinlichen Strafen* (Verstümmelung, Auspeitschung etc.) wurden hingegen abgeschafft.³⁴³ Das Gesetz sah auch eine Gleichheit der Strafen vor, insofern als keine Rücksicht auf Rang oder Stand des Täters genommen wurde.³⁴⁴

Das *Peinliche Gesetzbuch* enthielt des Weiteren nur absolut bestimmte Strafdrohungen, welche dem Gericht keinerlei Ermessen zugestanden.³⁴⁵ Durch die starren Rechtsfolgen sollte die gerichtliche Willkür bei der Strafzumessung vollständig ausgeschaltet werden.³⁴⁶ Dies führte jedoch dazu, dass dem Gesetz unverhältnismässige Strenge und drakonische Unnachgiebigkeit zugeschrieben wurde.³⁴⁷ Den Richtern schien häufig die auszusprechende Strafe derart unverhältnismässig, dass sie in einigen Fällen in ihrem Entscheid gleichzeitig neben der Strafausfällung eine Begnadigungsempfehlung abgaben.³⁴⁸

Das Problem des fehlenden gerichtlichen Ermessens, die damit einhergehende strenge Bestrafung der Verurteilten sowie die unregelmässige Begnadigungspraxis wurden auch in der Politik diskutiert. So brachte am 5. November 1799 «LÜTHI von Solothurn» im Senat Folgendes vor: «Das Strafmilderungsrecht muss also dereinst der Gesetzgebung abgenommen werden. Jetzt kann dies nicht wohl sein; dazu bedarf es eines humanen Criminalrechtsganges, worin auch Rücksicht genommen würde auf die Absicht des Verbrechers; es braucht ein Strafgesetzbuch, worin jede Strafe ein Maximum und ein Minimum

342 STRATENWERTH AT I⁴, § 1 N 4; THORMANN/VON OVERBECK (1940), 10; s.a. ALLEMANN (1917), 21; zu einer Ergänzung des Gesetzes mit Vergehenstatbeständen ist es jedoch nicht mehr gekommen (TEICHMANN, in: von Liszt, 372).

343 BRÄGGER (2018), 24; BRÄGGER/ZANGGER (2020), Rz. 513; PFENNINGER (1890), 142; STRATENWERTH AT I⁴, § 1 N 4; SUTER (1997), 7; TEICHMANN, in: von Liszt, 371; THORMANN/VON OVERBECK (1940), 10; vgl. auch ALKALAY (1984), 163 f.; LENARCIC (2011), 101.

344 THORMANN/VON OVERBECK (1940), 10 f.

345 ALKALAY (1984), 168; ALLEMANN (1917), 21; BRINER (1978), 3; LENARCIC (2011), 101; PFENNINGER (1890), 144; TEICHMANN, in: von Liszt, 371; VON WERDT (1956), 29; vgl. auch SIMMLER/WEDER, ZStrR 2019, 207.

346 ALKALAY (1984), 163; VON WERDT (1956), 29.

347 ALKALAY (1984), 168; KILLIAS et al.², Rz. 1204; STRATENWERTH AT I⁴, § 1 N 4; TEICHMANN, in: von Liszt, 371; THORMANN/VON OVERBECK (1940), 10.

348 ALKALAY (1984), 168; KILLIAS, ZStrR 2018, 82, spricht auch von «*sachlich ungerechtfertigten Freisprüchen*», die durch die Richter vorgenommen wurden, um keine drakonischen Strafen aussprechen zu müssen; SIMMLER/WEDER, ZStrR 2019, 207.

hat, damit der Richter nicht nur das kalte eiserne Gesetz, sondern auch die Gefühle der Billigkeit zu Rate ziehen dürfe.»³⁴⁹ Nach Drängen auch vonseiten des damaligen Obersten Gerichtshofs sowie der Kantonsgerichte wurde am 27. Januar 1800 im Senat ein Dekret verabschiedet, in welchem dem Gericht die Befugnis erteilt wurde, bei Milderungsgründen (*circonstances atténuantes*) die Strafe zu verkürzen.³⁵⁰ Die im peinlichen Gesetzbuch der Helvetischen Republik aufgeführten Strafen waren von diesem Zeitpunkt an als blosse Maximalstrafen zu betrachten; bei Verbrechen, welche mit der Todesstrafe bedroht waren, wurde als Minimum eine elfjährige Kettenstrafe statuiert.³⁵¹ In den übrigen Fällen der Freiheitsstrafe konnte eine Milderung «bis auf den vierten Theil» vorgenommen werden.³⁵² Voraussetzung war, dass das Gericht bei vorgommener Strafmilderung diese zu begründen hatte.³⁵³

Durch die Auflösung des schweizerischen Einheitsstaats 1803 wurde den Kantonen durch die Mediationsakte die Kompetenz zum Erlass einer eigenen Strafgesetzgebung zurückgegeben.³⁵⁴ Dadurch löste nach nur vier Jahren die kantonale Strafgesetzgebungsgewalt das peinliche Gesetzbuch der Helvetischen Republik wieder ab.³⁵⁵ Durch den Eintritt der Kantone St. Gallen, Aargau, Graubünden, Thurgau, Tessin und Waadt entstand ein Staatenbund von nunmehr 19 Kantonen.³⁵⁶

3. Die Strafzumessung in den kantonalen Strafgesetzen

Trotz der relativ kurzen Geltungsdauer des Peinlichen Gesetzbuchs ist dessen Einfluss auf die späteren Kodifikationen nicht zu unterschätzen. Einige – namentlich die alten – Kantone kehrten nach dem Niedergang der Helvetik zwar wieder zu ihrem Strafrecht von vor 1799 zurück,³⁵⁷ andere begannen

349 ASHR, V/1895, 231; vgl. auch ALKALAY (1984), 173.

350 ASHR, V/1895, 676; ALKALAY (1984), 173; ALLEMANN (1917), 21; LENARCIC (2011), 105; STRATENWERTH AT I⁴, § 1 N 4; TEICHMANN, in: von Liszt, 371; THORMANN/VON OVERBECK (1940), 10.

351 ALKALAY (1984), 173; ALLEMANN (1917), 21; LENARCIC (2011), 105; TEICHMANN, in: von Liszt, 371.

352 ASHR, V/1895, 676; vgl. auch ALKALAY (1984), 173; TEICHMANN, in: von Liszt, 371.

353 ASHR, V/1895, 676; ALKALAY (1984), 173.

354 ALKALAY (1984), 219; ALLEMANN (1917), 21; BRÄGGER (2018), 24; PFENNINGER (1890), 104; TEMME (1855), 27 ff.; THORMANN/VON OVERBECK (1940), 11.

355 ALLEMANN (1917), 21; TEMME (1855), 27 ff.

356 TEICHMANN, in: von Liszt, 372.

357 ALLEMANN (1917), 21; der Kanton Freiburg erklärte mit Gesetz vom 28. Juni 1803 sogar vorerst wieder die *Carolina* (mit Änderungen) zum geltenden Strafgesetz (vgl. PFENNINGER [1890], 84); auch im Fürstentum Neuenburg gab die Regierung den Gerichten

jedoch damit, neue kantonale Kodifikationen auszuarbeiten, während Dritte (z.B. die Kantone Waadt, Solothurn, Luzern, Thurgau) wiederum das Peinliche Gesetzbuch beibehielten und es fortbildeten.³⁵⁸ Der Kanton Aargau war der erste Kanton, der sich im Jahre 1805 ein neu erarbeitetes Besonderes Strafgesetzbuch gab.³⁵⁹ Diesem folgten u.a. die Strafgesetze der Kantone St. Gallen (1807), Tessin (1817), Basel (1821), Schaffhausen (1835) und Zürich (1836).³⁶⁰ Einige der neuen Kodifikationen lehnten sich dabei an ausländischen Vorbildern an, was sich jedoch mehr in der formellen Gestaltung denn am materiellen Inhalt zeigte.³⁶¹ Im aargauischen Gesetz von 1805 sind so in der Ausdrucksweise gewisse Anlehnungen an das zwei Jahre zuvor erlassene österreichische Strafgesetz zu erkennen.³⁶² Das für Deutschland einen Meilenstein darstellende bayrische Strafgesetzbuch von 1813 fand in der Schweiz hingegen – mit Ausnahme der Strafgesetzbücher von Basel (1821) und St. Gallen (1819) – wenig Beachtung.³⁶³ Genf hatte unter französischer Herrschaft im Jahre 1810 den von Napoleon I. geschaffenen Code pénal erhalten. Nach Eintritt in die Eidgenossenschaft wurde die Kodifikation wesentlichen Änderungen unterzogen, wozu insb. die Herabsetzung der strengen Strafen des französischen Gesetzes gehörte.³⁶⁴

Als Hauptstrafe für Verbrechen und Vergehen stand in den verschiedenen Strafgesetzbüchern die Freiheitsstrafe im Vordergrund, wobei diese wiederum nach Schwere, Eingriffsintensität und Dauer abgestuft war und man sich dafür unterschiedlicher Bezeichnungen bediente (Zuchthaus³⁶⁵, Korrektionshaus³⁶⁶, Arbeitshaus³⁶⁷, Gefängnis³⁶⁸ etc.). Obwohl den Betitelungen je nach

die Weisung, die *Carolina* «*comme une sorte de raison écrite*» anzuwenden (THORMANN / VON OVERBECK [1940], 12).

358 ALKALAY (1984), 219; ALLEMANN (1917), 21; BRÄGGER/ZANGGER (2020), Rz. 514; KILLIAS et al.², Rz. 117; PAHUD DES MORTANGES², Rz. 339; PIETH², 85; SCHLOSSER (2017), 368 f.; SUTER (1997), 8; TEICHMANN, in: von Liszt, 372; THORMANN / VON OVERBECK (1940), 11.

359 «*Criminalstrafgesetzbuch für den Canton Aargau*», vgl. LENARCIC (2011), 177; TEMME (1855), 30; THORMANN / VON OVERBECK (1940), 11.

360 GSCHWEND, in: Koch et al., 479; TEMME (1855), 28.

361 THORMANN / VON OVERBECK (1940), 12.

362 THORMANN / VON OVERBECK (1940), 12.

363 Gemäss THORMANN / VON OVERBECK (1940) lag dies am doktrinären Charakter der Kodifikation (12).

364 THORMANN / VON OVERBECK (1940), 12.

365 Zum Beispiel § 3 Ziff. 1 StGB/GL; § 4 Ziff. 3 StGB/LU; § 3 Ziff. 1 StGB/ZH.

366 Zum Beispiel § 6 Abs. 2 Ziff. 1 StGB/BE

367 Zum Beispiel § 3 lit. c StGB/TG.

368 In Schaffhausen etwa noch unterteilt in Gefängnisstrafe ersten und zweiten Grades, s. § 7 lit. b. Ziff. 1 und 2 StGB/SH.

Kanton nicht immer die gleichen Bedeutungen zukamen, bezeichnete Zuchthaus grundsätzlich die schwere und lange Freiheitsentziehung, während Gefängnisstrafen «leichter» und kürzer waren.³⁶⁹ In gewissen Kantonen wurde die Zuchthausstrafe (u. a. neben der Todesstrafe) noch als «peinliche Strafe» bezeichnet, währenddem die Gefängnisstrafe unter dem Titel «korrektionelle Strafen» aufgeführt wurde.³⁷⁰ Körperliche Strafen waren zwar noch in einigen wenigen kantonalen Kodifikationen vorgesehen (etwa die «körperliche Züchtigung» im Strafgesetzbuch des Kantons Graubünden),³⁷¹ jedoch wurde deren Ausübung durch Art. 65 der Bundesverfassung von 1874 verboten.³⁷² Eine gewichtigere Rolle spielte die Geldstrafe.³⁷³ Bei deren Bestimmung wurde in einigen Kantonen bereits auf die Vermögensverhältnisse des Täters Rücksicht genommen.³⁷⁴ Ebenfalls von Bedeutung war der Entzug der bürgerlichen Ehrenrechte (Ehrenstrafen, *dégradation civique*, Einstellung im Aktivbürgerrecht etc.) sowie die Landesverweisung.³⁷⁵ Letztere konnte nach Art. 44 der Bundesverfassung von 1874 nur noch Ausländern gegenüber verhängt werden.³⁷⁶

Die neuen Strafgesetzbücher liessen dem Gericht im Gegensatz zum peinlichen Gesetzbuch der Helvetischen Republik – mit Ausnahme der Todesstrafe – ein gewisses Ermessen bei der Zumessung der konkreten Strafe.³⁷⁷ Obwohl auch sie sich nur mühsam von der festen Bindung des Gerichts an das Gesetz losreissen konnten, stellten viele Kantone – im Gegensatz zu den bisher vorherrschenden absoluten Strafdrohungen – mit ihren neuen Kodifikationen für jede Straftat einen allgemeinen sowie für jede Deliktsart einen besonderen Strafrahmen im Sinne von relativ bestimmten Strafdrohungen auf, innerhalb welcher das Gericht die Strafe festzusetzen hatte.³⁷⁸ Im Strafgesetzbuch des

369 THORMANN / VON OVERBECK (1940), 15.

370 Siehe etwa § 6 StGB/BE.

371 § 6 Ziff. 6 StGB/GR; s. a. § 3 Ziff. 5 StGB/OW («Leibesstrafe»).

372 «Körperliche Strafen sind untersagt.»

373 THORMANN / VON OVERBECK (1940), 16.

374 So etwa für Schaffhausen: «Bei Bestimmung des Masses der Geldstrafe ist auf die Vermögensverhältnisse des Schuldigen Rücksicht zu nehmen» (§ 18 Abs. 2 StGB/SH); für Zürich: «[Die Geldbusse] soll stets mit Rücksicht auf die mutmasslichen Vermögens-, Erwerbs- und Einkommensverhältnisse des zu Bestrafenden festgesetzt werden [...]» (§ 23 StGB/ZH).

375 THORMANN / VON OVERBECK (1940), 16; vgl. etwa § 5 Ziff. 3 StGB/AG; § 6 Ziff. 7 StGB/GR; § 6 lit. d StGB/NE.

376 «Kein Kanton darf einen Kantonsbürger aus seinem Gebiete verbannen (verweisen) oder ihn des Bürgerrechtes verlustig erklären.»

377 Vgl. ALLEMANN (1917), 27; THORMANN / VON OVERBECK (1940), 12.

378 Grundzüge-I/1892, 387; BRINER (1978), 3; THORMANN / VON OVERBECK (1940), 13; VON WERDT (1956), 29; vgl. auch VON LISZT / SCHMIDT²⁶, 419.

Kantons Thurgau war so etwa bei der (zeitlichen) Zuchthausstrafe ein allgemeiner Rahmen von mindestens einem Jahr und maximal 20 Jahren vorgegeben.³⁷⁹ In der Waadt erstreckte sich der Strafrahmen bei der «peine de la réclusion» auf eine Dauer zwischen einem Tag und 30 Jahren, bei der «peine de l'emprisonnement» bei gleicher Untergrenze auf maximal 20 Jahre.³⁸⁰ Je nach Kanton war auch der Umfang des gerichtlichen Ermessens unterschiedlich. Kantone wie St. Gallen, Solothurn, Zürich, Waadt und Schwyz sahen einerseits etwa in Bezug auf Strafminima in den Besonderen Bestimmungen wenige oder keine Einschränkungen vor.³⁸¹ Als Minimum galt lediglich das allgemeine Mindestmass der jeweiligen Straftat.³⁸² Die Besonderen Bestimmungen der Strafgesetzbücher der Kantone Tessin oder Freiburg andererseits arbeiteten oftmals mit besonderen Strafrahmen.³⁸³ Bei Vermögensdelikten war in einigen Kantonen die Schadenshöhe von wesentlicher Bedeutung.³⁸⁴

Die Gerichte konnten bei der Festsetzung der Strafe auf eine Vielzahl von Strafminderungs- und -erhöhungsgründen zurückgreifen.³⁸⁵ Ein Grossteil der kantonalen Strafgesetzbücher, insb. diejenigen der Deutschschweiz, zählte die möglichen Gründe abschliessend oder zumindest beispielhaft auf.³⁸⁶ Dabei wurden etwa als Minderungsgründe «Furcht», «Drohung», «Täuschung», «Not», «Aufregung», «Versuchung», «Geständnis», «Verstandesschwäche» oder «jugendliches Alter» des Täters³⁸⁷ sowie als Erhöhungsgründe u.a. dessen

379 § 5 Abs. 4 StGB/TG.

380 § 15f. StGB/VD; vgl. etwa auch § 9 und 10 StGB/GR: «Die zeitliche Zuchthausstrafe kann nie über 25 Jahre ausgedehnt werden», «Die Dauer der Gefängnisstrafe kann sich nie über drei Jahre ausdehnen [...]»; § 10 Abs. 3 StGB/SH: «Die zeitliche Zuchthausstrafe darf nicht weniger als ein Jahr und nicht länger als vierundzwanzig Jahre dauern»; § 9 StGB/LU: «Die Dauer der Zuchthausstrafe ist mindestens vier Monate, höchstens fünfzehn Jahre.»

381 PFENNINGER (1890), 280; THORMANN/VON OVERBECK (1940), 16.

382 Siehe dazu Grundzüge-I/1892, 387; HAFTER², 341; vgl. zur Strafrechtspraxis im Kanton Schwyz auch TONGENDORFF (2015), *passim*; s. z.B. § 106 StGB/SZ: «Wer in betrüglicher Absicht öffentliche Urkunden anfertigt, oder ächte verfälscht und von solchen falschen oder gefälschten Urkunden Gebrauch macht, soll nach Massgabe der Gefährde und der Folgen mit Zuchthaus bis auf 10 Jahre bestraft werden.»

383 Vgl. etwa für Freiburg: «Est puni de 15 jours à 3 mois d'emprisonnement celui qui, sans droit, brise, détache ou endommage volontairement un scellé officiel apposé par une autorité ou un fonctionnaire public» (§ 328 StGB/FR); «Celui qui, sciemment et par dol, aura, par un faux rapport ou une fausse dénonciation, provoqué la condamnation criminelle d'un innocent, sera puni de 6 mois à 8 ans de réclusion à la maison de force [...]» (§ 188 StGB/FR); für das Tessin vgl. GABUZZI, in: von Liszt, 421 ff.

384 Siehe etwa § 210 f. StGB/BE.

385 PFENNINGER (1890), 742; vgl. auch LOGOZ/SANDOZ², Art. 63 N1.

386 Vgl. hinten im Anhang die Auflistung der kantonalen Regelungen; Grundzüge-I/1892, 387; BRINER (1978), 3; G. MAURER (1945), 17; PFENNINGER (1890), 743.

387 Vgl. die Aufzählung bei BRINER (1978), 4.

«List»³⁸⁸, «Bosheit»³⁸⁹, «Grausamkeit»³⁹⁰ oder «Beharrlichkeit»³⁹¹ bei der Tatbegehung genannt. Andere Kantone hingegen verzichteten auf eine solche tabellarische Aufzählung und formulierten eine relativ offene Bestimmung.³⁹² Beispielhaft hierfür ist die Strafzumessungsregelung in § 67 des Strafgesetzbuchs des Kantons Freiburg aufzuführen: «Dans la détermination des peines entre le maximum et le minimum le Juge prend en considération les circonstances atténuantes ou aggravantes autres que celles qui font l'objet des dispositions spéciales de la loi, tant sous le rapport du mal matériel causé par le crime, que sous le rapport de la culpabilité de l'agent.»³⁹³

Die Mehrzahl der kantonalen Strafgesetzbücher kannte überdies neben den ordentlichen Strafrahmen noch die Möglichkeit der Festlegung einer Strafe innerhalb eines ausserordentlichen Strafrahmens.³⁹⁴ Wie bei der heutigen Strafzumessung konnte beim Vorliegen bestimmter Strafmilderungs- bzw. Strafschärfungsgründe das Gericht den ordentlichen Strafrahmen über- oder unterschreiten (es gilt jedoch zu beachten, dass die Terminologie von Strafminderungs- und Strafmilderungsgründen zu jener Zeit noch nicht einheitlich war bzw. diese oft verwechselt wurden).³⁹⁵ Bei den kantonalen Strafgesetzbüchern war eine *Strafschärfung* neben dem Vorliegen von echter Konkurrenz bei einem sog. *Rückfall* vorgesehen.³⁹⁶ Eine *Strafmilderung* unterhalb des ordentlichen Strafrahmens war hingegen im Falle von «entschuldbarem Irrtum»³⁹⁷,

388 § 59 lit. c StGB/ZH.

389 Art. 46 lit. c StGB/AR.

390 § 36 lit. c StGB/GL.

391 Art. 35 lit. b StGB/SG.

392 Vgl. PFENNINGER (1890), 744.

393 So auch die ähnlich lautende Bestimmung in § 63 StGB/VD: «*Les circonstances atténuantes ou aggravantes, autres que celles qui font l'objet de dispositions spéciales de la loi, sont prises en considération par le juge, dans la détermination de la peine, entre le maximum et le minimum [...]*»; dass diese knappe Umschreibung sogar bereits das Doppelverwertungsverbot enthielt, ist hinten unter II.C.2. eingehend zu behandeln.

394 BRINER (1978), 3; THORMANN/VON OVERBECK (1940), 13; vgl. zu den Strafrahmen eingehend hinten I.D.1.

395 ALLEMANN (1917), 22; PFENNINGER (1890), 742; s. zur Terminologie hinten I.D.1.c.

396 Zum Beispiel § 44 StGB/TG: «*Der Richter kann aus dem Grunde des Rückfalles die Strafe über die gesetzlich vorgeschriebene Grenze erhöhen oder sie durch erlaubte Zusätze verschärfen*»; § 33 StGB/NE: «*Quiconque ayant été condamné pour un crime, en commettra un second, sera condamné au maximum de la peine encourue. La peine pourra être élevée jusqu'à la moitié en sus du maximum, si le prévenu est déjà en état de récidive [...]*»; § 79 StGB/LU: «*Die Wirkung des Rückfalls ist [...] ein Strafzuschlag: a. im ersten Rückfall bis auf die Hälfte; b. im zweiten Rückfall bis auf drei Viertheile; c. im dritten Rückfall bis auf's Doppelte der für das neue Verbrechen verwirkten Strafe [...]*»; vgl. dazu auch Grundzüge-I/1892, 389.

397 § 50 Ziff. 5 StGB/GR.

«verminderter Zurechnungsfähigkeit»³⁹⁸, «tätiger Reue»³⁹⁹ oder einer zum «Verbrechen drängenden Not»⁴⁰⁰ des Täters möglich.⁴⁰¹ Im Kanton Basel-Stadt konnte des Weiteren das Gericht bei Vermögensdelikten eine Strafmilderung aussprechen, wenn der Täter noch vor dem Einschreiten der Behörde eine Wiedergutmachung geleistet hatte.⁴⁰² Der Kanton Thurgau erfasste die Milderungsgründe in einer allgemeinen Bestimmung, wonach auf eine mildere Strafe als die vom Gesetz angedrohte erkannt werden konnte, «wenn diejenigen Zustände, welche, in vollem Grade vorhanden, alle Zurechnung ausschliessen, in einem geringern Grade vorwalteten».⁴⁰³ So war eine Milderung möglich bei «verminderter Zurechnungsfähigkeit», «Irrtum» oder «verminderter Rechtswidrigkeit», auch wenn diese nicht vollständig vorlagen.⁴⁰⁴ Einige Kantone stellten ferner gar keine bestimmten Milderungsgründe auf, sondern eröffneten dem Gericht allgemein die Möglichkeit, mildernde Umstände bei der Strafzumessung zu berücksichtigen.⁴⁰⁵ Bekannt war schliesslich neben einem bedingten Strafvollzug auch die Möglichkeit einer bedingten Entlassung.⁴⁰⁶

4. Der Weg zum Schweizerischen Strafgesetzbuch

a. Die Bundesverfassung von 1848

Mit der Bundesverfassung von 1848 wurde die Eidgenossenschaft zum Bundesstaat sowie zur repräsentativen Demokratie und übernahm gewisse Aufgaben

398 § 70 Ziff. 1 lit. a StGB/LU.

399 Art. 40 lit. c StGB/SG.

400 Art. 53 Ziff. 2 StGB/TI.

401 Siehe auch BRINER (1978), 5f.; TEMME (1855), 279 ff.

402 § 36 StGB/BS: «Wenn bei Verbrechen, die blos gegen das Vermögen eines Andern gerichtet sind, der Thäter vor dem Einschreiten der Behörden den Schaden vollständig gut gemacht hat, so kann der Richter bis auf einen Drittel des niedrigsten Strafmasses heruntergehen [...]»

403 § 42 StGB/TG.

404 Vgl. Grundzüge-I/1892, 401.

405 So etwa Art. 317 zur Novelle der StPO/GE; vgl. dazu auch BRINER (1978), 7f.; GAUTIER, in: von Liszt, 410; § 72 StGB/LU; Art. 29 StGB/OW.

406 Vgl. etwa für den Aargau das Organisationsgesetz für die Strafanstalt Lenzburg vom 19. Hornung 1868: «Für Gefangene, welche: a. wenigstens zwei Drittheile ihrer Strafzeit erstanden; b. sich während derselben so gut betragen haben, dass daraus der Schluss auf eingetretene Besserung gezogen werden darf; c. den Willen und die Fähigkeit besitzen, auf redliche Weise ihr Auskommen zu finden, kann bei der Begnadigungsbehörde die Freilassung auf Wohlverhalten beantragt werden [...]»; für Zürich s. § 14 StGB/ZH: «Der Vollzug der Arbeitshaus- und Zuchthausstrafe soll durch eine systematische Behandlung die Besserung der Sträflinge anstreben. Zu diesem Zweck ist auch eine Kürzung der richterlich erkannten Freiheitsstrafe, bedingte Entlassung, möglich [...]»; THORMANN/VON OVERBECK (1940), 15.

und Kompetenzen von den Kantonen.⁴⁰⁷ Soweit ihre Souveränität durch die neue Verfassung nicht eingeschränkt wurde, waren die Kantone jedoch noch selbstbestimmt.⁴⁰⁸ Im wichtigen Bereich des materiellen Strafrechts besaßen sie somit weiterhin ihre Gesetzgebungskompetenz.⁴⁰⁹ Eine Erweiterung der Kompetenzen des Bundes liess sich nur durch eine Revision der Bundesverfassung erreichen.⁴¹⁰

b. Frühe Vereinheitlichungsbestrebungen

Intensive Bestrebungen, das materielle Strafrecht zu vereinheitlichen, kamen bereits seit Mitte des 19. Jahrhunderts in der Schweiz auf.⁴¹¹ Dies war u.a. die Folge der Industrialisierung und der damit zusammenhängenden zunehmenden Mobilität der Bevölkerung dank neuer Verkehrsmittel sowie der in Art. 41 der Bundesverfassung von 1848 festgeschriebenen interkantonalen Niederlassungsfreiheit.⁴¹² Auch beklagten sich verschiedene Juristen aus der Praxis und Wissenschaft über die offenkundigen Differenzen zwischen den einzelnen kantonalen Strafgesetzbüchern.⁴¹³ Aufgrund der Verfassungsentwürfe von 1832/33, denen es an einer Vereinheitlichung des schweizerischen Strafrechts ermangelte, hatte schon 1848 die solothurnische Gesandtschaft an der Tagsatzung anlässlich der Beratung der neuen Bundesverfassung den Antrag gestellt, die Gesetzgebung über Verbrechen und deren Bestrafung sowie über das Verfahren in Kriminalsachen dem Bund zu übertragen.⁴¹⁴ Dieser Antrag wurde jedoch mit grosser Mehrheit abgelehnt.⁴¹⁵ Im Jahre 1851 erliess der Bund dagegen ein erstes Militärstrafgesetz, gefolgt vom Bundesgesetz über das Bundesstrafrecht im Jahre 1853.⁴¹⁶ Letzteres enthielt in seinem Besonderen Teil u.a. Strafansdrohungen betreffend Verbrechen gegen die äussere Sicherheit und Ruhe der Eidgenossenschaft, gegen fremde Staaten, gegen die verfassungsmässige Ordnung und die innere Sicherheit sowie Verbrechen, welche von und

407 Zum Beispiel Bestimmung der Aussenpolitik, Sicherung des inneren Friedens, Kompetenz über das Zoll- und Postwesen sowie Übertragung des Schiesspulver- und Münzregals (PAHUD DES MORTANGES², Rz. 275 f.).

408 Art. 3 BV/1848, entspricht dem heutigen Art. 3 BV; s. dazu KLEY³, 295.

409 KLEY³, 295; PAHUD DES MORTANGES², Rz. 276, 363.

410 KLEY³, 295.

411 Siehe dazu im Detail BBl 1896 IV, 737 ff.; vgl. auch HAFTER², 18 ff.

412 STRATENWERTH AT I⁴, § 1 N 15; THORMANN/VON OVERBECK (1940), 18; s. zur Niederlassungsfreiheit BSK BV-RUDIN, Art. 24 N 1.

413 PAHUD DES MORTANGES², Rz. 363.

414 Botschaft, BBl 1896 IV, 737; HAFTER², 18; PAHUD DES MORTANGES², Rz. 363; TEICHMANN, in: von Liszt, 374; THORMANN/VON OVERBECK (1940), 16 f.

415 HAFTER², 18; PAHUD DES MORTANGES², Rz. 363; TEICHMANN, in: von Liszt, 374.

416 PAHUD DES MORTANGES², Rz. 363; TEICHMANN, in: von Liszt, 376 ff.

zum Nachteil von Bundesbeamten begangen wurden.⁴¹⁷ Als Strafen waren gem. Art. 2 Zuchthaus, Gefängnis, Landesverweisung, Amtsentsetzung, Verlust des Aktivbürgerrechts sowie Geldbusse bis zu einem Betrag von CHF 10'000 möglich. Im Besonderen Teil wurden bei den Strafandrohungen grundsätzlich keine Minima angegeben, eine Ausnahme bildete etwa der Landesverrat gem. Art. 36 f.⁴¹⁸ In vielen Fällen war dem Gericht die Wahl aus mehreren Strafarten anheimgestellt, wodurch dessen Ermessensspielraum stark erweitert wurde.⁴¹⁹

c. Die gescheiterte Verfassungsrevision von 1872

Am 17. Juni 1870 legte der Bundesrat einen Entwurf zu einer umfangreichen Partialrevision der Bundesverfassung vor.⁴²⁰ Schon dort wurde in der Botschaft die Frage diskutiert, das materielle Strafrecht gesamtschweizerisch gesetzlich zu regeln: «Die Unifikation des Obligationenrechts wird diejenige des gesammten bürgerlichen Rechtes, diese auch diejenige des Strafrechtes mit Nothwendigkeit nach sich ziehen.»⁴²¹ Die Vereinheitlichung des Strafrechts fand nichtsdestoweniger noch keinen Eingang in den Entwurf.⁴²² Aufgrund des Deutsch-Französischen Krieges von 1870 wurden jedoch Mängel in der Organisation der schweizerischen Armee offensichtlich, die durch eine Teilrevision der Verfassung nicht behoben werden konnten, weshalb die Revisionskommissionen beider Räte einen neuen Entwurf für eine Totalrevision der Bundesverfassung erarbeiteten.⁴²³ In diesem neueren Entwurf sollte dem Bund – neben der Vereinheitlichung der Armee – die Gesetzgebungsbefugnis im Zivil- und Strafrecht sowie in den entsprechenden Prozessrechten

417 THORMANN / VON OVERBECK (1940), 17.

418 *«Jeder Schweizer, welcher in einem Kriege gegen die Eidgenossenschaft die Waffen gegen dieselbeträgt, wird mit Zuchthaus von wenigstens 10 Jahren bis auf Lebenszeit bestraft.»*

419 *«[...] wird mit Gefängniss und Geldbusse, und in schweren Fällen mit Zuchthaus bestraft» (Art. 46); «[...] ist mit einer Geldbusse und in schwerem Fällen überdiess mit Gefängniss von höchstens 2 Jahren zu bestrafen [...]» (Art. 50); «wird mit Amtsentsetzung bestraft, womit in schwereren Fällen eine Geldbusse oder Gefängniss verbunden werden kann [...]» (Art. 54).*

420 Botschaft, BBl 1870 II, 665, sowie E-BV/1870; s.a. KLEY³, 306.

421 Botschaft, BBl 1870 II, 694.

422 *«Art. 59a Entwurf
Es sollen durch Bundesgesetze für die ganze Schweiz einheitlich geordnet werden:
Die Rechtsverhältnisse des Transportes und der Spedition [...].
Die Vorschriften über Bestimmung der gewähr der Viehhauptmängel.
Die Bestimmungen über den Schutz des schriftstellerischen und künstlerischen Eigenthums.
Art. 59b Entwurf
Die Bundesgesetzgebung kann weiter ausgedehnt werden auf das Gebiet des Obligationen- und Konkursrechtes, sowie auf die einheitliche Normirung des Schuldbetreibungsverfahrens.»*

423 KLEY³, 306.

zugesprochen werden.⁴²⁴ In der Abstimmung vom 12. Mai 1872 scheiterte die Revision allerdings am Volks- (261'072 zu 255'609 Stimmen) und Ständemehr (13 zu 9 Standesstimmen).⁴²⁵ Zwar wurde im Jahre 1874 eine erneut zur Abstimmung gebrachte Verfassungsrevision vom Volk und den Ständen angenommen, jedoch enthielt der zur Abstimmung gebrachte Entwurf weniger zentralistische Bestimmungen, um den föderalistisch gesinnten Kreisen entgegenzukommen.⁴²⁶ Der Bund erhielt die Kompetenz, ein nationales Obligationenrecht zu erlassen, eine Rechtsvereinheitlichungskompetenz im Gebiet des Strafrechts wurde ihm jedoch weiterhin verwehrt.⁴²⁷

Gleichwohl hatte die Bundesverfassung bereits gewissen Einfluss auf das Strafsystem der kantonalen Gesetze. So konnte einerseits, wie erwähnt, die Landesverweisung gem. Art. 44 nur noch Ausländern gegenüber verhängt werden.⁴²⁸ Andererseits wurden (in Friedenszeiten) die in Art. 65 vorgesehene Todesstrafe sowie körperliche Strafen abgeschafft.⁴²⁹ Aufgrund einiger aufsehenerregender Tötungsdelikte gegen Ende der 1870er-Jahre wurde in mehreren Petitionen jedoch die Wiedereinführung der Todesstrafe gefordert, sodass die Bundesversammlung – entgegen der Empfehlung des Bundesrates – die Revision des Art. 65 beschloss und das Volk die neue Fassung durch die Volksabstimmung am 18. Mai 1879 bestätigte.⁴³⁰ Das Verbot körperlicher Strafen blieb zwar bestehen, die Verhängung der Todesstrafe – mit Ausnahme politischer Vergehen – war jedoch wieder möglich.⁴³¹ Von diesem Recht zur Wiedereinführung der Todesstrafe machten in der Folge auch einige Kantone Gebrauch, so etwa Appenzell Innerrhoden, Luzern, Obwalden, St. Gallen, Uri und das Wallis.⁴³²

424 Vgl. den Verfassungsentwurf AS X 731; KLEY³, 307; PAHUD DES MORTANGES², Rz. 286; THORMANN/VON OVERBECK (1940), 18.

425 Botschaft, BBl 1872 II, 365, 368; s.a. HAFTER², 18; KLEY³, 307; MEYLAN (2019), 185; PAHUD DES MORTANGES², Rz. 286; PFENNINGER (1890), 537, 545; STRATENWERTH AT I⁴, § 1 N15; THORMANN/VON OVERBECK (1940), 18.

426 PAHUD DES MORTANGES², Rz. 286; THORMANN/VON OVERBECK (1940), 18.

427 Botschaft, BBl 1896 IV, 739; HAFTER², 24; PAHUD DES MORTANGES², Rz. 287; PFENNINGER (1890), 537.

428 *«Kein Kanton darf einen Kantonsbürger aus seinem Gebiete verbannen (verweisen) oder ihn des Bürgerrechtes verlustig erklären.»*

429 *«Die Todesstrafe ist abgeschafft. Die Bestimmungen des Militärgesetzes bleiben jedoch in Kriegszeiten vorbehalten. Körperliche Strafen sind untersagt [...]»; vgl. auch SUTER (1997), 27.*

430 SUTER (1997), 29 ff.; TEICHMANN, in: von Liszt, 389; THORMANN/VON OVERBECK (1940), 15.

431 Der revidierte Art. 65 lautete: *«Wegen politischer Vergehen darf kein Todesurteil gefällt werden. Körperliche Strafen sind untersagt.»*

432 Siehe etwa Landsgemeindebeschluss Appenzell Innerrhoden vom 25. April 1880: *«Die durch Art. 65 der Bundesverfassung vom 29. Mai 1874 abgeschaffte Todesstrafe wird neuer-*

d. Beginn der Rechtsvereinheitlichung durch Carl Stoos

a1. Die Motion Forrer von 1887

Der Gedanke der Vereinheitlichung des schweizerischen Strafrechts wurde trotz der gescheiterten Verfassungsrevision nicht fallengelassen.⁴³³ Es sprachen sich verschiedene Vereinigungen dezidiert für eine auf Bundesebene vereinheitlichte Strafgesetzgebung aus. So reichte etwa der Verein für Gefängnisinsassen 1881 eine Petition an die Bundesversammlung hinsichtlich der Vereinheitlichung des Strafrechts ein.⁴³⁴ Eine ähnliche Petition legte bereits 1868 die Schweizerische Juristische Gesellschaft bzw. der Schweizerische Juristenverein vor und sprach sich bei der Jahresversammlung am 27. September 1887 fast einstimmig für ein gesamtschweizerisches Strafrecht aus.⁴³⁵ Am 13. Dezember 1887 brachte schliesslich der damalige Nationalrat LUDWIG FORRER eine von 41 Nationalräten mitunterzeichnete Motion im Parlament mit dem Titel «Die Bundesverfassung wird revidiert und der bisherige Art. 65 durch folgenden neuen ersetzt: Dem Bunde steht die Gesetzgebung über das Strafrecht zu» ein.⁴³⁶ Die Idee hinter einer einheitlichen Strafgesetzgebung legte FORRER sodann in seiner Rede vor dem Nationalrat am 8. März 1888 dar: «Die Strafrechtseinheit ist ein Postulat des nationalen Bewusstseins. Die Ausübung der Strafgewalt bildet eine wesentliche Aufgabe des Staates. Das Strafrecht ist ein Hauptbestandteil des öffentlichen Rechts in jedem Staat [...]. Durch gemeinsames Recht und die Behandlung der Bürger nach gleichem Recht wird das Gefühl

dings in Kraft erklärt; die Anwendbarkeit erstreckt sich mit Vorbehalt der Bestimmungen des neuen Artikels hinsichtlich der politischen Verbrechen auf die Fälle erwiesenen Mordes und von Brandstiftung, wobei ein Menschenleben verloren gegangen ist [...]; s. für das Wallis loi du 24 novembre 1883 rétablissant la peine de mort et modifiant quelques articles du code pénal et du code de procédure pénale: «*Les articles suivants du code pénal et du code de procédure pénale sont rétablis ou modifiés comme suit: 20. Les peines qu'entraînent les crimes et les délits sont: 1) la mort [...]*»; für eine Aufzählung der kantonalen Bestimmungen zur Wiedereinführung der Todesstrafe s. Zusammenstellung/1890, 108 ff.; vgl. auch SUTER (1997), 49.

433 HAFTER², 18; MEYLAN (2019), 185; THORMANN/VON OVERBECK (1940), 18.

434 FORRER, ZStR 1888, 197; HAFTER², 18; THORMANN/VON OVERBECK (1940), 18f.; vgl. auch PAHUD DES MORTANGES², Rz. 364.

435 FORRER, ZStR 1888, 197; HAFTER², 18; PAHUD DES MORTANGES², Rz. 286, 364; PFENNINGER (1890), 538; MEYER VON SCHAUENSEE (1897), 3; THORMANN/VON OVERBECK (1940), 18; VON LILIENTHAL, ZStW 1895, 98; so lautete der Beschluss an der Jahresversammlung: «*Der schweizerische Juristenverein, überzeugt, dass ein wirksamer und erfolgreicher Kampf gegen das Verbrecherthum nicht möglich ist, so lange die Zersplitterung der kantonalen Strafgesetzgebung fortbesteht, ersucht den Bundesrath, die Vorarbeiten für die Vereinheitlichung des Strafrechtes an die Hand nehmen zu wollen [...]*», abgedruckt in: ZStR 1888, 65; vgl. dazu auch Zusammenstellung/1890, IX.

436 HAFTER², 18; PAHUD DES MORTANGES², Rz. 364; PFENNINGER (1890), 538; THORMANN/VON OVERBECK (1940), 19.

der nationalen Zusammengehörigkeit gefördert [...]. Wir allein, der kleine Staat in der Mitte, sollen noch fünfundzwanzigerlei Strafrecht haben. Auf eine Stunde Distanz soll in unserem Vaterland Alles anders sein, trotzdem unsere Sitten, unsere Anschauungen über Erlaubtes und Unerlaubtes, unsere Kultur wesentlich die gleichen sind und wir uns in anderen, ebenfalls wesentlichen Dingen ganz wohl verstehen [...]. Meine Herren! Wir servieren Ihnen hier eine Novität, welche keinen einzigen neuen Bundesbeamten erfordert und den Bund nichts kostet als die Auslage für den Druck eines Strafkodex von dreihundert Paragraphen. Das soll uns ein Anderer gleich thun!»⁴³⁷

Auch andere Stimmen sprachen sich vermehrt für eine Rechtsvereinheitlichung aus. Am 8./9. Dezember 1887 überwies so die gesetzgebenden Räte dem Bundesrat eine Petition von Bürgern der Gemeinde Ormont-Dessous (VD) betreffend die Revision der Bundesverfassung im Sinne der Übertragung der Gesetzgebung über das Strafrecht an den Bund «zu gutscheinender Berücksichtigung».⁴³⁸ Am 2. März 1888 sprach sich des Weiteren der Grosse Rat des Kantons Aargau aufgrund eines Berichts seiner Gerichtsbehörden für eine Vereinheitlichung des Strafrechts in der Schweiz aus. Diesen Beschluss teilte er dem Bundesrat mit.⁴³⁹ Der Grosse Rat des Kantons Schaffhausen machte schliesslich von seinem kantonalen Initiativrecht Gebrauch und schlug der Bundesversammlung am 16. Mai 1890 vor, den Art. 65 der Bundesverfassung dahingehend zu revidieren, dass dem Bund die Gesetzgebung über das Strafrecht eingeräumt werde. Diesem Begehren schloss sich am 27. Mai 1890 der Grosse Rat des Kantons Aargau an.⁴⁴⁰ Die Botschaft betreffend die Revision der Bundesverfassung zur Einführung der Rechtseinheit vom 28. November 1896 führte schliesslich zum Zustand der Rechtszersplitterung aus, dass unter dem jetzigen Gesetzeszustand eine Handlung in einem Kanton mit Zuchthaus, in einem anderen hingegen mit Gefängnis, in einem dritten wiederum nur mit Busse bestraft werde. Überdies würden bestimmte Delikte an einem Ort von Amtes wegen verfolgt, andernorts nur auf Antrag, während einzelne Kantone die Handlung sogar straflos belassen. Wer so etwa in Genf ein unbewohntes Gebäude in Brand setze, habe mindestens zehn Jahre Zuchthaus zu verbüßen, wohingegen in Basel das Strafminimum lediglich drei Monate Gefängnis betrage, in St. Gallen u.U. nur die Strafe der Sachbeschädigung einschlägig sei, sodass u.U. auch nur eine Busse ausgesprochen werden könne.⁴⁴¹

437 FORRER, ZStrR 1888, 198 ff.

438 Botschaft, BBl 1896 IV, 742.

439 Botschaft, BBl 1896 IV, 742.

440 Botschaft, BBl 1896 IV, 742.

441 Botschaft, BBl 1896 IV, 749.

a2. Der Vorentwurf von 1893

Bereits am 21. März 1888 lud der Nationalrat den Bundesrat per Postulat zur Ausarbeitung eines Berichts und Antrags zur Frage der Revision des Art. 65 BV/1874 hinsichtlich der Übertragung der Gesetzgebung über das Strafrecht an den Bund ein.⁴⁴² Dieser beauftragte daraufhin im Februar 1889 Prof. CARL STOOSS damit, die Rechtsvereinheitlichung durch eine vergleichende, wissenschaftliche Darstellung der kantonalen Strafgesetze in die Wege zu leiten.⁴⁴³ CARL STOOSS verfasste in der Folge die Werke «Die Schweizerischen Strafgesetzbücher zur Vergleichung zusammengestellt und im Auftrage des Bundesrathes herausgegeben von Carl Stooss» (1890) sowie «Die Grundzüge des Schweizerischen Strafrechts, im Auftrage des Bundesrathes vergleichend dargestellt von Carl Stooss» (1892/1893).⁴⁴⁴ Auf diese ersten wissenschaftlichen Unterlagen folgten bereits im Sommer 1893 der erste Vorentwurf eines Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches samt Begründung⁴⁴⁵ sowie am 1. August 1894 der ebenfalls von «Motiven» begleitete vollständige Entwurf samt einer von ALFRED GAUTIER ausgearbeiteten französischen Übersetzung.⁴⁴⁶

Was die Regelungen zur Bemessung der Strafhöhen anbelangt, wurde dargelegt, dass ein Grossteil der kantonalen Strafgesetzbücher die möglichen Strafminderungs- und -erhöhungsgründe abschliessend oder zumindest beispielhaft aufzählte.⁴⁴⁷ CARL STOOSS stellte fest, dass diese Umstände und Verhältnisse bei der Strafzumessung nach dem neuen Gesetzesentwurf ebenfalls zu würdigen seien. Da jedoch eine abschliessende Aufzählung der Straf erhöhungs- und -minderungsgründe bei der grossen Zahl denkbarer Fälle nicht möglich sei, hielt er es für angebracht, die Strafzumessung vollständig in das gerichtliche Ermessen zu legen.⁴⁴⁸

442 «Der Bundesrath ist eingeladen, Bericht und Antrag einzubringen über die Frage der Revision des Artikels 65 der Bundesverfassung im Sinne der Uebertragung der Gesetzgebung über das Strafrecht an den Bund [...]», vgl. Zusammenstellung/1890, IX; s.a. HAFTER², 19.

443 Zusammenstellung/1890, X; HAFTER², 19; KILLIAS et al.², Rz. 118; PAHUDES MORTANGES², Rz. 364; KV-KO-THOMMEN, Vor Art. 69-73 StGB N 11.

444 Zusammenstellung/1890 sowie Grundzüge-I/1892 und Grundzüge-II/1893.

445 VE-StGB/1893 sowie Motive VE-StGB/1893.

446 VE-StGB/1894 sowie Motive VE-StGB/1894; vgl. auch U. GERMANN, in: Studer/Tanner/Opitz, 195 f.; HAFTER², 19; PAHUDES MORTANGES², Rz. 364; für Kritik am Gesetzesentwurf sowie an der Befähigung von STOOSS hinsichtlich des Projekts im Allgemeinen s. MEYER VON SCHAUENSEE (1897), 8 ff.; vgl. auch THURNEISEN, ZStrR 1893, 369 ff., und DERS., ZStrR 1894, 261 ff., sowie die Stellungnahmen von STOOSS, ZStrR 1894, 173 ff., und DERS., ZStrR 1894, 267 f.; s. dazu auch LUMINATI, in: Ackermann, 59 f.

447 Vgl. vorne I.C.3.

448 Grundzüge-I/1892, 388.

Im ersten Vorentwurf von 1893 waren die Ausführungen zur Strafzumessung in den Art. 36 ff. enthalten. Art. 36 umfasste dabei allgemeine Aussagen zur Festsetzung der Strafe durch das Gericht: «Bei Bemessung der Strafe zieht der Richter namentlich auch die Beweggründe, das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse des Thäters in Betracht.» CARL STOOSS wies durch diese Bestimmung das Gericht explizit auf die Beachtung der Täterkomponenten bei der Strafzumessung hin.⁴⁴⁹ Er begründete dies damit, dass im Gegensatz zum Strafrecht des Mittelalters «das Motiv im neuern Strafrecht viel zu wenig berücksichtigt» werde.⁴⁵⁰ (Noch) keine Erwähnung in der Bestimmung fand jedoch die «Schuld» oder das «Verschulden».⁴⁵¹

Der allgemeinen Bestimmung folgten Ausführungen zur Strafmilderung in Art. 37. Eine solche konnte vorgenommen werden, wenn der Schuldige das Verbrechen aus «edlen Beweggründen», in «schwerer Bedrängnis», unter dem Eindruck einer «Drohung» oder des «Befehls» einer Person, von der er «abhängig» ist, oder in dem «Wahne», er mache sich keiner strafbaren Handlung schuldig, begangen hat. Überdies konnte auf eine Strafmilderung erkannt werden, wenn der Täter «aufrichtige Reue» zeigte oder die Verjährungsfrist nahezu abgelaufen war. Der Milderungsgrund des «Wahnes», sich keiner strafbaren Handlung schuldig zu machen, umfasste in diesem Zusammenhang (nach heutiger Terminologie) den Verbotsirrtum bzw. den Irrtum über die Rechtswidrigkeit.⁴⁵² Dass der Wortlaut nicht ganz klar war, wurde jedoch bereits von der Expertenkommission festgehalten.⁴⁵³

Der Entwurf sah von allgemeinen Milderungsgründen ab, da gemäss STOOSS, im Gegensatz zum französischen Strafgesetzbuch mit seinen zu hohen Strafsätzen, beim Schweizerischen Strafgesetzbuch und seinen verhältnismässigeren Strafdrohungen keine Veranlassung dazu bestehe.⁴⁵⁴ Die Bestimmung war als *Kann*-Vorschrift ausgestaltet, das Gericht war entsprechend nicht zu deren Anwendung verpflichtet.⁴⁵⁵ Im Falle der Milderung der Strafe bestimmte Art. 38 deren Wirkung.⁴⁵⁶ Neben einer Herabsetzung des Straf-

449 VON LILIENTHAL, ZStW 1895, 148 f. m.w.H.

450 Motive VE-StGB/1893, 73.

451 Vgl. auch DIEZ (1944), 39.

452 «Die irrtümliche Annahme, eine verbrecherische Handlung sei nicht strafbar, wird öfter auf mangelnde oder verminderte Zurechnungsfähigkeit hinweisen; sie kann aber auch auf Rechtsunwissenheit und auf einem Mangel an Einsicht in die Lebensverhältnisse beruhen und Milde beanspruchen [...]» (Motive VE-StGB/1893, 74 f.).

453 Vgl. Votum David, Verhandlungen-I/1896, 245 («Die Tragweite dieser Bestimmung ist mir nicht klar. Ist unter Wahn der Irrtum über Thatsachen zu verstehen? Dann findet Artikel 14 Anwendung. Oder ist damit der Rechtsirrtum gemeint?»).

454 Motive VE-StGB/1893, 74; vgl. auch VON LILIENTHAL, ZStW 1895, 149.

455 Motive VE-StGB/1893, 74; vgl. auch THORMANN/VON OVERBECK (1940), 19.

456 VON LILIENTHAL, ZStW 1895, 151 m.w.H.

masses war auch die Zulassung einer milderer Straffart möglich.⁴⁵⁷ Lebenslanges Zuchthaus wurde so etwa in zeitliches Zuchthaus umgewandelt, Zuchthaus von 5 bis 15 Jahren konnte auf Zuchthaus oder Gefängnis von einem bis fünf Jahren reduziert oder statt Gefängnis konnte Haft oder Geldstrafe ausgesprochen werden.

Art. 39 sah schliesslich allgemeine Straferhöhungsgründe vor. Die Strafe sollte dabei das «mittlere Strafmass» übersteigen, wenn der Täter das Verbrechen aus «niederträchtiger Gesinnung», insb. aus «Bosheit», «Rohheit», «Hinterlist», «Rachsucht», «Habsucht», «Schadenfreude» oder aus «Lust am Verbrechen» begangen hatte. Ebenso zu einer Straferhöhung führte der sog. Rückfall, wenn der Täter in den letzten fünf Jahren bereits in der Schweiz oder im Ausland wegen eines «gemeinen Verbrechens» eine Freiheitsstrafe verbüsst hatte und keine gesetzlichen Strafmilderungsgründe vorgelegen hatten.⁴⁵⁸ Im Gegensatz zu einigen kantonalen Strafgesetzen sowie den späteren Entwürfen des Schweizerischen Strafgesetzbuchs war der Rückfall im Entwurf von 1893 kein Strafschärfungsgrund. Dies erwähnte CARL STOOSS auch explizit in seinen Motiven.⁴⁵⁹ Eine Straferhöhung konnte schliesslich auch dann ausgesprochen werden, wenn mehrere Freiheitsstrafen im Sinne der echten Konkurrenz zusammentrafen (Art. 41 VE-StGB/1893).

a3. Die erste Expertenkommission – Erste Lesung

Zwischen September 1893 und Oktober 1894 beriet eine erste Expertenkommission – bestehend aus 19 Experten aus Wissenschaft und Praxis⁴⁶⁰ – in zwei Beratungen über den Vorentwurf von 1893,⁴⁶¹ deren Ergebnisse sich im Vorentwurf von 1896 («Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch nach den Beschlüssen der Expertenkommission») widerspiegeln.⁴⁶² Die ersten Beratungen hatten jedoch bereits Einfluss auf den zweiten Vorentwurf aus dem Jahr 1894. Die erste Lesung zu den Bestimmungen betreffend die Strafzumessung fand am 6. Oktober 1893 statt.⁴⁶³

Die Beratungen zu Art. 36 VE-StGB/1893 fielen in der Kommission äusserst kurz aus. CARL STOOSS eröffnete die Diskussion zur Strafzumessung mit

457 Motive VE-StGB/1893, 75.

458 Motive VE-StGB/1893, 76.

459 «Der Entwurf sieht von Strafschärfung ab [...]» (Motive VE-StGB/1893, 76); vgl. auch G. MAURER (1945), 18.

460 Vgl. für deren Zusammensetzung Verhandlungen-I/1896, 1f.; vgl. auch THORMANN/VON OVERBECK (1940), 19.

461 Verhandlungen-I/1896; Verhandlungen-II/1896.

462 VE-StGB/1896; Botschaft, BBl 1896 IV, 743; HAFTER², 19; PAHUD DES MORTANGES², Rz. 365; THORMANN/VON OVERBECK (1940), 19f.

463 Verhandlungen-I/1896, 241.

folgenden Ausführungen: «Selbstverständlich richtet sich die Strafzumessung in erster Linie nach der objektiven und subjektiven Schwere des Verbrechen. Es schien angemessen, auch dem Motive eine Bedeutung für die Strafzumessung beizulegen; es wurde dies namentlich auch in der schweizerischen Presse gefordert. Es rechtfertigt sich ferner, das Vorleben des Täters und die persönlichen Verhältnisse bei der Strafzumessung in Betracht zu ziehen.»⁴⁶⁴ XAVER GRETENER regte die Hervorhebung an, dass die in Art. 36 aufgezählten Faktoren (Beweggründe, Vorleben, persönliche Verhältnisse) *neben* der Schwere der Tat ins Gewicht fallen sollten.⁴⁶⁵ STOOSS entgegnete darauf, dass sich dies von selbst verstehe und sich übrigens aus dem Wort «auch» im Gesetzestext ergebe.⁴⁶⁶ Der Artikel galt entsprechend als angenommen.⁴⁶⁷

Zu den Strafmilderungsgründen in Art. 37 VE-StGB/1893 brachte STOOSS vor, dass für ein neues Strafgesetz nur *bestimmte* Milderungsgründe infrage kämen. Das französische System der *allgemeinen* Milderungsgründe bilde demgegenüber ein Korrektiv für allzu strenge Strafandrohungen. Bei Art. 37 handle es sich des Weiteren um eine *Kann*-Bestimmung, die dem Gericht nicht zur Strafmilderung verpflichte.⁴⁶⁸ Bei den einzelnen Milderungsgründen wurde insb. über denjenigen des Rechtsirrtums («Wahn» des Täters, er mache sich keiner strafbaren Handlung schuldig) und dessen Vereinbarkeit mit dem Grundsatz *error iuris nocet* diskutiert.⁴⁶⁹ Da im Ergebnis von den Kommissionsmitgliedern keine Abänderungsanträge gestellt wurden, galt auch dieser Artikel als angenommen.⁴⁷⁰

Hinsichtlich der Bestimmung zur Wirkung der Strafmilderung in Art. 38 VE-StGB/1893 beantragte ALBERT SCHERB, die Strafmaxima zu streichen, da strikte Vorgaben dem Vorentwurf zugrundeliegenden Prinzip des möglichst weiten gerichtlichen Ermessens widersprechen würden.⁴⁷¹ Von GUSTAVE CORREVEON wurde weitergehend vorgeschlagen, neben den Maxima auch die Minima der Strafraumen zu streichen und eine unbegrenzte Strafmilderung zuzulassen.⁴⁷² Letzterer Antrag wurde von CARL STOOSS als unannehmbar bezeichnet; es werde damit dem Gericht völlig freie Hand gelassen und

464 Votum Stooss, Verhandlungen-I/1896, 243.

465 Votum Gretener, Verhandlungen-I/1896, 243.

466 Votum Stooss, Verhandlungen-I/1896, 243.

467 Verhandlungen-I/1896, 243.

468 Votum Stooss, Verhandlungen-I/1896, 244.

469 Vgl. Verhandlungen-I/1896, 245 ff.

470 Verhandlungen-I/1896, 248.

471 Votum Scherb, Verhandlungen-I/1896, 248.

472 Votum Correveon, Verhandlungen-I/1896, 249.

jede Einwirkung des Gesetzes auf das Strafmass aufgehoben. Mit gleichem Argument wurde von ihm auch der Antrag von SCHERB abgelehnt.⁴⁷³ Der Gesetzgeber solle vielmehr durch nicht allzu weite Strafraumen im Besonderen Teil eine gewisse Bindung des Gerichts anstreben, da ansonsten eine einheitliche Anwendung des Gesetzes wegfallende und das Gericht die Strafe nach seinem Belieben zemesse. Innerhalb eines gesetzlichen Strafraumens sei das gerichtliche Ermessen hingegen frei.⁴⁷⁴ Unterstützung erhielt er dabei von XAVER GREENER. Dieser war der Ansicht, «dass das System der weitgespannten Strafraumen, wie es durch die neuern Strafgesetzbücher im Namen des Prinzips der «Individualisierung der Strafrechtspflege» sanktioniert worden [sei], sich in der Praxis nicht bewährt [...], [sondern] vielmehr zu einer willkürlichen, meistens zu laxen Handhabung der Strafjustiz und damit zur Abschwächung der staatlichen Repression geführt» habe.⁴⁷⁵ Aus diesem Grund dürften die Strafminima weder im Besonderen Teil noch in der Regelung zur Strafmilderung fallengelassen werden.⁴⁷⁶ Auch JOSEF MOREL führte aus, dass im Interesse der Einheitlichkeit – und um Willkürlichkeiten zu vermeiden – gesagt werden müsse, dass die Strafe gemildert, sowie auch, wie dieselbe gemildert werden könne. Daher seien Maxima und Minima in das Gesetz aufzunehmen.⁴⁷⁷ Die Mehrheit der Kommissionsmitglieder sprach sich in der Abstimmung für den Entwurf unter Beibehaltung der Strafober- und -untergrenzen aus.⁴⁷⁸

Zur Straferhöhung nach Art. 39 VE-StGB/1893 führte STOOSS aus, dass der Vorentwurf keine obligatorische oder fakultative Strafschärfung, sondern nur eine obligatorische Straferhöhung vorsehe. Da die Strafmaxima bereits sehr hoch seien, könnte eine obligatorische Strafschärfung zu unnötiger Strenge führen. Es sei daher besser, «den Richter in den Fällen, die der Gesetzgeber als besonders schwer ansieht, zu nötigen, das mittlere Strafmass bei Festsetzung der Strafe zu überschreiten». ⁴⁷⁹ Trotz umfangreicher Diskussionen zu den Erhöhungsgründen der «niederträchtigen Gesinnung» und des Rückfalls sowie Anträgen zur Änderung des Gesetzestextes wurde die Bestimmung des Vorentwurfs unverändert angenommen.⁴⁸⁰

473 Votum Stooss, Verhandlungen-I/1896, 249.

474 Votum Stooss, Verhandlungen-I/1896, 249.

475 Votum Gretener, Verhandlungen-I/1896, 249.

476 Votum Gretener, Verhandlungen-I/1896, 249 f.

477 Votum Morel, Verhandlungen-I/1896, 250.

478 Verhandlungen-I/1896, 251.

479 Votum Stooss, Verhandlungen-I/1896, 252.

480 Verhandlungen-I/1896, 251 ff.

a4. Der Vorentwurf von 1894

Aufgrund der ersten Beratungen der Expertenkommission wurden bereits in dem ein Jahr nach dem ersten Vorentwurf erscheinenden Vorentwurf von 1894 Anpassungen an den Bestimmungen zur Strafzumessung vorgenommen. Diese waren nun in den Art. 35 ff. aufgeführt. Art. 35 enthielt wie Art. 36 des Vorentwurfs von 1893 allgemeine Aussagen zur Festsetzung der Strafe durch den Richter: «Der Richter bemisst die Strafe nach der Schuld, die Geldstrafe auch nach den Mitteln des Thäters und berücksichtigt dabei die Beweggründe, das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse des Schuldigen.» Im Gegensatz zur ursprünglichen Regelung wurde nun explizit die *Schuld* als das massgebende Kriterium für die Zumessung der Strafe genannt.⁴⁸¹ Auch sollten bei der Festsetzung der Geldstrafe die finanziellen Mittel des Täters berücksichtigt werden. Der zweite Satzteil der Bestimmung übernahm den alten Wortlaut.

Die bereits im Vorentwurf von 1893 abschliessend aufgeführten Strafmilderungsgründe wurden grösstenteils im neuen Art. 36 beibehalten.⁴⁸² Neben einer neuen Marginalie («Strafmilderungsgründe» anstatt «Strafmilderung») wurden u.a. «edle» zu «achtenswerte[n]» Beweggründen abgeändert und die Milderungsgründe des «Handelns auf Befehl» sowie des «Wahnes», sich keiner strafbaren Handlung schuldig zu machen, gestrichen. Dies wurde damit begründet, dass der Rechtsirrtum sowie das «Handeln auf Befehl» schon als selbständige Strafmilderungsgründe anerkannt worden seien.⁴⁸³ Hinzugefügt wurde hingegen der Milderungsgrund der Tatbegehung aufgrund einer unverschuldeten schweren Reizung oder Kränkung sowie die Ausführung, dass ein in Art. 36 aufgezählter Strafmilderungsgrund nicht mehr zu berücksichtigen sei, wenn das Gesetz einen solchen Milderungsgrund bereits bei einem Verbrechen besonders berücksichtigt habe.⁴⁸⁴ Art. 37, im ersten Entwurf als Art. 38 noch unter der Marginalie «Wirkung der Strafmilderung» aufgeführt, bekleidete neu den Marginalientitel «Strafmilderung». Es fand sich dort eine erweiterte und ergänzte «Umrechnungstabelle», wie im Falle einer Strafmilderung die im Gesetz angedrohten Strafen herabgesetzt werden sollten. Bei unbeschränkter Milderung der Strafe sah der Entwurf vor, dass sie über das in Art. 37 vorgesehene Mass hinaus gemildert werden konnte. Die Ergänzungen

481 Vgl. dazu auch DIEZ (1944), 39; STOOSS, ZStrR 1894, 267.

482 Siehe dazu auch BRINER (1978), 10.

483 Motive VE-StGB/1894, 136.

484 Der Milderungsgrund der Provokation wurde auf Antrag von Stefano Gabuzzi in den Beratungen der 1. Expertenkommission in den Art. 36 aufgenommen: «*Je propose de viser à l'article 37 la provocation. Il y a des motifs pour mentionner cette excuse dans la partie générale [...]*» (Verhandlungen-I/1896, 245).

waren nötig, weil zum Zeitpunkt des ersten Vorentwurfs von 1893 der Besondere Teil des Strafgesetzbuchs noch nicht fertiggestellt war und der erste Entwurf des Artikels daher noch nicht auf seine Anwendbarkeit hinsichtlich der Besonderen Bestimmungen hatte überprüft werden können.⁴⁸⁵

Für die Anwendung des neu in Art. 38 geregelten Straferhöhungsgrunds des Rückfalls war weiterhin eine fünfjährige Frist vorgesehen, während der ein Täter vor der Begehung eines weiteren Verbrechens bereits eine Zuchthausstrafe verbüsst haben musste. Sollte die Strafe nach dem Vorentwurf von 1893 lediglich «das mittlere Strafmass übersteigen», so hatte das Gericht gemäss der neuen Bestimmung die zu erkennende Zuchthaus- oder Gefängnisstrafe um die Hälfte zu erhöhen. Dabei war er an das höchste Mass der angedrohten Strafe nicht gebunden, durfte aber die höchste gesetzliche Dauer der Straftat nicht überschreiten. Für einzelne Verbrechen wie Diebstahl, Betrug, Wucher, «Kuppelei» oder Brandstiftung begründete der Rückfall überdies einen besonderen Strafschärfungsgrund.⁴⁸⁶ Gestrichen wurde dagegen der Straferhöhungsgrund des «niederträchtigen» Motivs. Begründet wurde dies damit, dass diese Bestimmung schwierig umzusetzen sei, da das Gericht bei sehr weiten Strafrahmen bei zwingender Anwendung dieser Bestimmung schwerlich auf eine schuldangemessene Strafe erkennen könne.⁴⁸⁷ Auch würden sich Probleme bei Tatbeständen, die schon ihrer Natur nach ein «gemeines» Motiv voraussetzten, ergeben.⁴⁸⁸ Daher beschränke sich der Entwurf darauf, dem Gericht die Berücksichtigung des Motivs im Allgemeinen zu gebieten, und sah davon ab, das Mass der Straferhöhung in einem solchen Fall konkret vorzuschreiben.⁴⁸⁹

Eine Anpassung erfuhr schliesslich die Bestimmung über das Zusammentreffen von Freiheitsstrafen in Art. 42 VE-StGB/1894. Neu wurde eine mögliche Strafschärfung explizit in der Normierung aufgeführt, da das Gericht nun das höchste Mass der Strafe um die Hälfte erhöhen konnte und dabei an das höchste Mass der angedrohten Strafe nicht gebunden war. Jedoch war eine Überschreitung der höchsten Dauer der gesetzlichen Straftat nicht gestattet.

a5. Die erste Expertenkommission – zweite Lesung

Die zweite Lesung der ersten Expertenkommission zum Allgemeinen Teil fand in teilweise geänderter Besetzung im Jahre 1895 statt.⁴⁹⁰ Der Grundsatzartikel zur Strafzumessung entsprach in der zu beratenden Version nun dem Wortlaut

485 BRINER (1978), 11.

486 Motive VE-StGB/1894, 137 f.

487 Motive VE-StGB/1894, 137.

488 Motive VE-StGB/1894, 137.

489 Motive VE-StGB/1894, 137.

490 Vgl. Verhandlungen-II/1896, 1.

von Art. 35 VE-StGB/1894,⁴⁹¹ war jedoch wieder wie im Vorentwurf von 1893 als Art. 36 aufgeführt. XAVER GRETENER und PLACID MEYER VON SCHAUENSEE wendeten bei den Beratungen ein, dass bei Art. 36 die Hervorhebung *objektiver* Strafzumessungsgründe fehle. Ihres Erachtens sollte wenigstens auch auf die Grösse des durch ein Verbrechen bewirkten Schadens sowie auf den Grad der Verwerflichkeit oder Gefährlichkeit der zur Begehung benutzten Mittel hingewiesen werden.⁴⁹² STOOSS entgegnete auf dieses Vorbringen, dass das Gericht gemäss dem Vorentwurf die Strafe nach der Schuld bemesse, was sowohl die objektive als auch die subjektive Seite des Verbrechens umfasse. Die objektive Seite sei in Art. 36 deshalb nicht noch besonders hervorgehoben, weil sie im Besonderen Teil des Entwurfs bereits bei der Aufstellung der einzelnen Strafbestimmungen berücksichtigt sei. Im Allgemeinen Teil könne und solle dieses Übergewicht des objektiven Moments ausgeglichen werden.⁴⁹³ Diesen Ausführungen stimmte EMIL ZÜRCHER zu. So sei der objektive, äussere Erfolg augenfällig, die subjektiven Momente würden demgegenüber oft vernachlässigt. Wolle man eine wirkliche Reform des Strafrechts herbeiführen, müsse man letztere Momente besonders hervorheben.⁴⁹⁴ Da kein konkreter Antrag auf Änderung des Artikels gestellt wurde, galt er als angenommen.⁴⁹⁵

Art. 37 zu den Strafmilderungsgründen entsprach in seinem Wortlaut fast vollständig der Version des Art. 36 des Vorentwurfs von 1894. In der Beratung der Expertenkommission kam die Frage auf, warum verschiedene Milderungsgründe wie derjenige der verminderten Zurechnungsfähigkeit, des jugendlichen Alters oder des Versuchs nicht in Art. 37 erwähnt seien.⁴⁹⁶ STOOSS entgegnete darauf, dass die aufgezählten Milderungsgründe schon an einer anderen Stelle des Entwurfs behandelt würden. Eine Wiederholung dieser Gründe sei nicht nötig, handle es sich doch beim Strafgesetzbuch nicht um ein Lehrbuch und es sei insofern lediglich für die Praxis geschrieben. Der Milderungsgrund der verminderten Zurechnungsfähigkeit könne auch deshalb nicht in Art. 37 erwähnt werden, da er gemäss dem Vorentwurf *unbeschränkte* Strafmilderung zulasse.⁴⁹⁷ Neben der Genehmigung der im Vorentwurf genannten

491 «Der Richter bemisst die Strafe nach der Schuld, die Geldstrafe auch nach den Mitteln des Täters und berücksichtigt dabei die Beweggründe, das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse des Schuldigen.»

492 Voten Gretener und Meyer von Schauensee, Verhandlungen-II/1896, 447; vgl. auch MEYER VON SCHAUENSEE, ZStrR 1894, 133.

493 Votum Stooss, Verhandlungen-II/1896, 448.

494 Votum Zürcher, Verhandlungen-II/1896, 448.

495 Verhandlungen-II/1896, 448.

496 Votum Meyer von Schauensee, Verhandlungen-II/1896, 449.

497 Votum Stooss, Verhandlungen-II/1896, 449 f.

Milderungsgründe wurden überdies die Milderungsgründe des Handelns auf Befehl eines Untergebenen sowie des Alters des Täters zwischen 18 und 20 Jahren eingefügt.⁴⁹⁸

Ebenfalls dem Art. 37 des Vorentwurfs von 1894 entsprach der in der Expertenkommission beratene Art. 38 zu den Wirkungen der Strafmilderung. Die Umrechnungstabelle stimmte dabei exakt mit dem Wortlaut des Vorentwurfs von 1894 überein. Nur der letzte Absatz der Bestimmung wurde in seiner Begrifflichkeit leicht angepasst, hielt aber inhaltlich das gleiche fest: Das Gericht konnte die Strafe nach freiem Ermessen mildern, wenn eine unbeschränkte Milderung zulässig war. Neben Kritik an der Umrechnungstabelle an sich – GRETENER sah sie als zu kompliziert an und schlug vor, die Strafmilderung in einer festen Quote der ordentlichen Strafe auszudrücken⁴⁹⁹ – und einer leichten Änderung⁵⁰⁰ wurde der soeben erwähnte letzte Absatz wiederum einer redaktionellen Änderung unterzogen. Die Bestimmung lautete nun: «Ist die Strafe nach freiem Ermessen zu mildern, so kann sie der Richter über das in § 1 bestimmte Mass hinaus mildern.»⁵⁰¹

Der Straferhöhungsgrund des Rückfalls wurde nun in Art. 39 aufgeführt und sah auch hier für seine Anwendung eine fünfjährige Frist vor, während der ein Täter vor der Begehung eines weiteren Verbrechens bereits eine Zuchthausstrafe verbüsst haben musste. Eine Anpassung fand nur im Abs. 2 statt, wo der Teilsatz «Ist auf Gefängnisstrafe über ein Jahr zu erkennen» zu «Ist auf Gefängnisstrafe über 5 Jahre zu erkennen» geändert wurde. Im Rahmen der Beratungen wurde auf Antrag von GAUTIER die Bestimmung insofern erweitert, als die Straferhöhung auch dann eintreten solle, wenn der Täter innerhalb der letzten fünf Jahre nicht nur eine Zuchthaus-, sondern «nur» schon eine Gefängnisstrafe von mindestens sechs Monaten oder eine Arbeitshausstrafe von wenigstens der gleichen Dauer erstanden habe.⁵⁰² Schliesslich wurde im gleichen Absatz bei der Umwandlung von Gefängnisstrafe in Zuchthausstrafe die Ausführung «von gleicher Dauer» gestrichen.⁵⁰³

498 Verhandlungen-II/1896, 450.

499 Votum Gretener, Verhandlungen-II/1896, 452; STOOSS entgegnete, dass die Umrechnungstabelle für das Gericht einfacher zu handhaben sei, da im Falle einer Quotenregelung gerechnet werden und je nachdem eine Umwandlung in eine niedrigere Strafort stattfinden müsse. In der Folge wurde kein Antrag auf grundsätzliche Abänderung der Bestimmung gestellt.

500 «Zuchthaus auf Gefängnis von 1 bis 5 Jahren» wurde zu «Zuchthaus auf Gefängnis von 6 Monaten bis 5 Jahren», s. Verhandlungen-II/1896, 454.

501 Verhandlungen-II/1896, 454.

502 Antrag Gautier, Verhandlungen-II/1896, 455.

503 Verhandlungen-II/1896, 457.

a6. Der Vorentwurf von 1896

Im Vergleich zu den Bestimmungen, die der zweiten Lesung der ersten Expertenkommission zugrunde lagen, kam es in Art. 38 VE-StGB/1896 (vormals Art. 36) zu den Grundsätzen der Strafzumessung lediglich zu Anpassungen des Wortlauts, die inhaltlich jedoch keine Änderungen mit sich brachten. Inhaltliche Ergänzungen fanden sich hingegen in der Bestimmung zu den Strafmilderungsgründen in Art. 39 VE-StGB/1896, die – wie bei den Ausführungen zur zweiten Lesung der ersten Expertenkommission besehen – um zwei Milderungsgründe erweitert wurden. Diese waren das Handeln auf Befehl eines Vorgesetzten sowie das jugendliche Alter des Täters zur Zeit der Tat. Der erstere der beiden Milderungsgründe war zuvor noch in einem eigenen Artikel aufgeführt gewesen (Art. 17 VE-StGB/1894 bzw. Art. 18 bei der Lesung der zweiten Expertenkommission) und liess dort noch unbeschränkte Strafmilderung zu. Ausschlag für die Anpassung hatte ein Aufsatz von HEINRICH LAMMASCH in der Schweizerischen Zeitschrift für Strafrecht gegeben, der die unbeschränkte Strafmilderung im Fall des Handelns auf Befehl als zu weitgehend kritisierte, da der Untergebene somit allzu leicht zu einem gefügigen Werkzeug gemacht werden könne, wobei es vielmehr wünschenswert wäre, seine «Widerstandskraft [...] zu stärken».⁵⁰⁴ Die Expertenkommission entschied sich in der Folge, Art. 18 zu streichen und das Handeln auf Befehl als einen Fall der (beschränkten) Strafmilderung aufzunehmen.⁵⁰⁵ Das jugendliche Alter des Täters zur Zeit der Tat kam dann als Strafmilderungsgrund infrage, wenn der Täter das 20. Altersjahr noch nicht zurückgelegt hatte.⁵⁰⁶

In der Bestimmung zur Strafmilderung (Art. 40 VE-StGB/1896) wurde keine inhaltliche Änderung vorgenommen. Die Regelung zur Straferhöhung (Art. 41 VE-StGB/1896) erfuhr dafür eine Anpassung in Abs. 2. Statt auf die feste Bezeichnung von fünf Jahren abzustellen,⁵⁰⁷ sollte neu eine Gefängnisstrafe in Zuchthausstrafe umgewandelt werden, wenn die gesetzliche Dauer der Gefängnisstrafe überschritten würde.

e. Die Verfassungsrevision von 1898

Obwohl nun schon beträchtliche Aufwendungen in die Vorentwürfe für ein Schweizerisches Strafgesetzbuch gesteckt worden waren, war weiterhin un-

504 Verhandlungen-II/1896, 407; LAMMASCH, ZStrR 1895, 124 f.; vgl. auch BRINER (1978), 12.

505 Verhandlungen-II/1896, 407 ff.

506 Vgl. Verhandlungen-II/1896, 450; BRINER (1978), 12.

507 *«Ist auf Gefängnisstrafe über 5 Jahre zu erkennen, so wird die Gefängnisstrafe in Zuchthausstrafe von gleicher Dauer umgewandelt.»*

klar, ob die Kompetenz zu dessen Erlass schliesslich auch wirklich dem Bund zukommen sollte. Die Frage der Vereinheitlichung des Strafrechts sollte dem Volk daher zwecks Klarstellung erneut zur Abstimmung unterbreitet werden, wobei die Fronten zwischen Befürwortern und Gegnern weiterhin verhärtet waren. Die Gegner befürchteten durch die Einführung der Rechtseinheit eine verhängnisvolle Umgestaltung der staatsrechtlichen Grundpfeiler, woraus sich schliesslich ein Einheitsstaat entwickeln würde.⁵⁰⁸ Die Befürworter der Revision betonten die Notwendigkeit einer nun durchführbaren einheitlichen Verbrechensbekämpfung und die Eindämmung der Beeinflussung der kantonalen Kodifikationen und der Rechtsprechung durch die Nachbarländer.⁵⁰⁹ Mit Abstimmung vom 30. Juni 1898 wurde schliesslich die Verfassungsgrundlage für ein eidgenössisches Strafrecht – gleichzeitig mit derjenigen für das Zivilrecht – geschaffen.⁵¹⁰ Die Vorlage wurde trotz der Nein-Stimmen der föderalistisch motivierten Kantone Uri, Schwyz, Obwalden, Nidwalden, Freiburg, Appenzell Innerrhoden und Wallis mit grosser Mehrheit angenommen.⁵¹¹ Der neue Art. 64^{bis} statuierte nunmehr in der Bundesverfassung, dass der Bund zur Gesetzgebung im Gebiet des Strafrechts befugt sei. Solange der Bund von dieser Befugnis keinen Gebrauch machte, war es den Kantonen noch anheimgestellt, selbst zu legiferieren.⁵¹²

In der sog. *Prioritätenfrage* entschied man sich im Nachgang zur Abstimmung zuerst für die Realisierung des Zivilgesetzbuches.⁵¹³ Grund dafür war neben des erfolgreicheren Lobbyings des «Vaters des ZGB» EUGEN HUBER auch der grössere politische Widerstand, der dem Straf- im Vergleich zum Zivilgesetzbuch entgegenschlug.⁵¹⁴ Neben grundlegender Kritik am Vorentwurf von 1896⁵¹⁵ wandten sich insb. auch die Föderalisten gegen ein Schweizerisches Strafgesetzbuch; auf ihre Seite schlugen sich auch die Befürworter der Todesstrafe, da diese im Vorentwurf des Strafgesetzbuchs nicht vorgesehen war.⁵¹⁶

508 THORMANN/VON OVERBECK (1940), 20.

509 THORMANN/VON OVERBECK (1940), 20.

510 HAFTER², 19; PAHUD DES MORTANGES², Rz. 365.

511 MEYLAN (2019), 189 f.; PAHUD DES MORTANGES², Rz. 365; Art. 64^{bis} wurde mit 266 610 Ja- und 102 780 Nein-Stimmen angenommen, vgl. THORMANN/VON OVERBECK (1940), 21.

512 So z.B. Luzern 1906, Zürich 1908 oder Waadt 1931, vgl. THORMANN/VON OVERBECK (1940), 21.

513 HAFTER, ZStrR 1913, 254; PAHUD DES MORTANGES², Rz. 366.

514 PAHUD DES MORTANGES², Rz. 366.

515 Vgl. THORMANN/VON OVERBECK (1940), 21.

516 PAHUD DES MORTANGES², Rz. 366.

f. Der Rechtsvereinheitlichung zweiter Teil

Erst im Jahre 1901 wurde auf Initiative des Zürcher Strafrechtsprofessors EMIL ZÜRCHER vom Bundesrat eine zweite Expertenkommission eingesetzt. Diese sollte die Vorarbeiten für das Strafgesetzbuch weiter vorantreiben und tagte in sieben Sitzungen zwischen 1901 und 1903.⁵¹⁷ STOOSS folgte im Jahre 1896 einem Ruf als Professor an die Universität Wien und konnte das Projekt nur mehr aus der Ferne verfolgen.⁵¹⁸ Zwar wurde er noch in die Vorberatungen zum Vorentwurf von 1903 miteinbezogen, jedoch war es ihm nicht mehr möglich, einen prägenden Einfluss auf die Beratungen zu nehmen.⁵¹⁹ An den Beratungen der zweiten grossen Expertenkommission ab April 1912 nahm STOOSS überhaupt nicht mehr teil.⁵²⁰

a1. Der Vorentwurf von 1903

Der Vorentwurf von 1903 blieb in der Bestimmung zu den Grundzügen der Strafzumessung (Art. 47 VE-StGB/1903) hinsichtlich der Zumessung der Strafe aufgrund der Schuld des Täters weitgehend unverändert. Der Hinweis, dass die Geldstrafe auch den Mitteln des Täters entsprechend festzulegen sei, wurde insofern abgeändert, als «Geldstrafe» durch «Busse» ersetzt wurde. Angefügt wurde sodann ein zweiter Absatz, wonach das Gericht bei einer Wahl zwischen Zuchthaus und Gefängnis auf Zuchthaus zu erkennen habe, wenn die Tat eine «gemeine Gesinnung» oder einen «schlechten Charakter» des Täters erkennen lasse.

Die Bestimmung zu den Strafmilderungsgründen in Art. 48 VE-StGB/1903 erhielt inhaltlich nur eine minimale Anpassung. So wurde beim Milderungsgrund des jugendlichen Alters festgelegt, dass das Alter des Täters zwischen dem 18. und 20. Altersjahr liegen musste.⁵²¹

Die Umrechnungstabelle zur Strafmilderung in Art. 49 VE-StGB/1903 blieb unverändert, wohingegen § 2 komplett überarbeitet wurde. Dieser enthielt im Gegensatz zum Vorentwurf von 1896 nun Ausführungen darüber,

517 PAHUD DES MORTANGES², Rz. 367; THORMANN/VON OVERBECK (1940), 21 f.; vgl. auch HAFTER, ZStrR 1913, 255.

518 Vgl. dazu PAHUD DES MORTANGES², 272.

519 GSCHWEND, ZStrR 1994, 51.

520 Siehe für die Liste der Kommissionsmitglieder Protokoll-I/1912, 1 f.; GSCHWEND, ZStrR 1994, 52; HOLENSTEIN (1995), 488; STOOSS war jedoch wieder Mitglied der Revisionskommission von 1917, vgl. hinten I.C.4.f.a5.

521 Diese Anpassung war notwendig geworden, da Art. 14 VE-StGB/1903 im Gegensatz zu Art. 10 VE-StGB/1896 die Unterscheidung zwischen Strafbarkeit und Straffreiheit der Jugendlichen zwischen 14 und 18 Jahren aufgehoben und spezielle Strafen und Massnahmen für diese Tätergruppe eingeführt hatte, vgl. BRINER (1978), 12 f.

dass das Gericht im Falle der Wahlfreiheit zwischen verschiedenen Freiheitsstrafen auf die mildeste der angedrohten Straforten zu entscheiden hatte. Diese Freiheitsstrafe hätte es sodann gemäss der Umrechnungstabelle herabsetzen können. Die in Art. 40 § 2 VE-StGB/1896 enthaltenen Ausführungen zur Milderung der Strafe nach freiem Ermessen erhielten im Vorentwurf von 1903 nun eine eigene Bestimmung in Art. 50 VE-StGB/1903. Unter der Marginalie «Strafmilderung nach freiem Ermessen des Richters» hiess es nun: «Ermächtigt das Gesetz den Richter ausdrücklich, die Strafe nach freiem Ermessen zu mildern, so ist der Richter an die Strafort und das Strafmass, die für das Verbrechen angedroht sind, nicht gebunden.»⁵²²

Eine grössere Änderung durchlief auch die noch in Art. 41 VE-StGB/1896 unter der Marginalie «Straferhöhung» enthaltene Bestimmung. Im Vorentwurf von 1903 wurde sie durch die Norm zum Rückfall in Art. 51 VE-StGB/1903 ersetzt. Zwar wurde auch hier darauf abgestellt, dass der Täter innerhalb von fünf Jahren nach seiner endgültigen Entlassung aus einer Freiheitsstrafe wiederum ein Verbrechen begangen haben musste, jedoch sah die neue Bestimmung von der Vorgabe ab, dass die Strafe um die Hälfte zu erhöhen sei. Neu war nur von einer generellen Erhöhung der Strafe ohne strikte Vorgabe die Rede, wobei das angedrohte Höchstmass der jeweiligen Strafe – nicht jedoch die gesetzliche Dauer der Strafort – weiterhin im Sinne einer Strafschärfung überschritten werden konnte.

a2. Der Vorentwurf von 1908

Der Vorentwurf von 1903 war durch das schweizerische Justizdepartement der Öffentlichkeit freigegeben worden, wodurch diverse Meinungen von Sachverständigen und weiterer interessierter Personen eingeholt werden konnten; neben diesen Anregungen machten auch die neuen Ideen des Jugendstrafrechts, das Schweizerische Zivilgesetzbuch sowie die damaligen Arbeiten zur deutschen Strafrechtsreform eine erneute Überarbeitung des Vorentwurfs von 1903 unumgänglich.⁵²³ Entsprechend wurde eine kleine Kommission mit der Ausarbeitung eines neuen Vorentwurfs betraut, woraus sich schliesslich der Vorentwurf von 1908 ergab.⁵²⁴

Hervorzuheben ist hinsichtlich der Grundbestimmung zur Strafzumessung, dass Art. 49 VE-StGB/1908 nun erstmals von «Verschulden» anstatt «Schuld» sprach.⁵²⁵ Weiterhin verwies das Gesetz darauf, dass die Beweg-

522 Vgl. dazu auch BRINER (1978), 13.

523 THORMANN / VON OVERBECK (1940), 22.

524 HAFTER, ZStrR 1913, 255.

525 Auf diese Unterscheidung wird später noch zurückzukommen sein, vgl. hinten I.D.2.a.a1.

gründe, das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse zu berücksichtigen seien.⁵²⁶ Gestrichen wurden jedoch alle weiteren Ausführungen, die sich noch in Art. 47 VE-StGB/1903 wiedergefunden hatten, etwa der Hinweis auf die Busse, die nach den Mitteln des Täters zu bemessen sei.

Gewisse Anpassungen erfuhren auch die Strafmilderungsgründe, die neu unter der Marginalie «Mildernde Umstände» aufgeführt wurden. So wurde etwa das Handeln auf Befehl eines Vorgesetzten erweitert mit der «Veranlassung einer Person, von der [...der Täter] abhängig ist», oder der Milderungsgrund der aufrichtigen Reue dahingehend ergänzt, dass ein Beispiel für eine solche Reuebekundung ins Gesetz aufgenommen wurde («namentlich den Schaden, soweit es ihm möglich war, gut gemacht hat»). Schliesslich wurde der Milderungsgrund des jugendlichen Alters wieder aus der Bestimmung entfernt.

Die Normierung der Strafmilderung nach Art. 49 VE-StGB/1903 erhielt mit Art. 51 VE-StGB/1908 ebenfalls eine neue Marginalie («Mildere Strafsätze»). In der Umrechnungstabelle der unterschiedlichen Freiheitsstrafen kam es zu einer leichten Änderung; neu hiess es anstatt «Gefängnis nicht unter drei Monaten, nicht unter zwei Monaten oder nicht unter einem Monat: auf Gefängnis» nun «Gefängnis nicht unter einem Monat: auf Gefängnis». § 2 von Art. 49 VE-StGB/1903 wurde in leichter Abänderung sodann in einen eigenen Artikel (Art. 52 VE-StGB/1908) überführt. Keine Anpassung erfuhr hingegen Art. 53 VE-StGB/1908 zur Strafmilderung nach freiem Ermessen des Richters. Einen eigenen Artikel erhielt ferner die Anweisung an das Gericht, auf Zuchthaus anstatt Gefängnis zu erkennen, wenn das Verbrechen auf eine gemeine Gesinnung oder einen schlechten Charakter des Täters schliessen lasse (Art. 54 VE-StGB/1908, zuvor Art. 47 Abs. 2 VE-StGB/1903).

Der Strafschärfungsgrund des Rückfalls wurde ebenfalls überarbeitet. In der Fassung von Art. 55 VE-StGB/1908 konnte die Bestimmung nur in eingeschränkterem Masse zur Anwendung kommen, nämlich wenn der Täter innerhalb von drei – und nicht wie bis anhin fünf – Jahren nach seiner endgültigen Entlassung wieder ein Verbrechen beging. Einen zweiten möglichen Strafschärfungsgrund sah weiterhin das Zusammentreffen von Freiheitsstrafen nach Art. 56 VE-StGB/1908 vor.⁵²⁷

a3. Die Beratungen der zweiten grossen Expertenkommission – Vorentwurf von 1916

Im Herbst 1911 setzte das schweizerische Justizdepartement sodann eine zweite grosse Expertenkommission ein, die aus 27 Mitgliedern und zwei Spezial-

⁵²⁶ Vgl. dazu auch Erläuterungen VE-StGB/1908, 100.

⁵²⁷ Vgl. dazu Erläuterungen VE-StGB/1908, 103.

experten bestand.⁵²⁸ Unter dem Vorsitz von Bundesrat EDUARD MÜLLER wurde der Vorentwurf von 1908 ab April 1912 in neun Sessionen, die bis ins Jahr 1916 hineinreichten, eingehenden Beratungen unterzogen.⁵²⁹ Eine kleinere Redaktionskommission sorgte sich um die jeweils von der grossen Expertenkommission beschlossenen redaktionellen Bereinigungen, wobei sie auch selbständige Anpassungen vornahm und sich nicht immer exakt an die Beschlüsse der Expertenkommission hielt.⁵³⁰

Die Gesetzesvorlage, welche den Sitzungen zugrunde lag, basierte auf dem Vorentwurf von 1908, wodurch neben dem Inhalt auch die Artikelnummerierung identisch war. Zur Grundbestimmung über die Strafzumessung von Art. 49 VE-StGB/1908 finden sich diverse Ausführungen der Kommissionsmitglieder, welche fundamentale Bedeutung dieser Bestimmung zukomme und welche Umstände bei der Festsetzung der Strafe berücksichtigt werden müssten. Das Vorleben des Täters sei so eine wichtige Antwort auf die Frage «Comment l'accusé est-il devenu l'homme qu'il est?». ⁵³¹ Es wurden jedoch auch Bedenken darüber geäussert, ob die Bestimmung nicht zu wenig detaillierte Anweisungen an das Gericht gebe; auch wurde beantragt, die wirtschaftlichen Verhältnisses des Täters, die in den früheren Vorentwürfen insb. hinsichtlich der Geldstrafe bzw. Busse aufgeführt waren, in der Bestimmung wieder hervorzuheben.⁵³² Des Weiteren wurde die Frage aufgeworfen, inwiefern der Erfolg gestützt auf diese Bestimmung bei der Strafhöhe zu beachten sei bzw. ob der Erfolg im Begriff des Verschuldens zum Ausdruck komme.⁵³³ Die Diskussion zu diesem Artikel schloss mit der Annahme eines Antrags, wonach in die Bestimmung einzufügen sei, dass das Gericht die Strafe «innerhalb der vom Gesetz vorgeschriebenen Grenzen» festzusetzen habe.⁵³⁴ Damit sollte verstärkt darauf hingewiesen werden, dass der Strafraum nur in den gesetzlich vorgesehenen Fällen – hier bezogen auf die Strafmilderungsgründe – verlassen werden könne.⁵³⁵ Im Vorentwurf von 1916 fand sich die Bestimmung schliesslich in Art. 62 wieder.

528 Siehe zur Zusammensetzung der Kommission Protokoll-I/1912, 1f.; Botschaft, BBl 1918 IV, 2; vgl. auch HOLENSTEIN (1995), 487; THORMANN, ZBJV 1918, 201.

529 Siehe Protokoll-I/1912 bis Protokoll-IX/1920; Beilagenband I/1916 sowie Beilagenband II/1916; Vorlage-StGB/1912; Botschaft, BBl 1918 IV, 4; THORMANN, ZBJV 1918, 201.

530 Botschaft, BBl 1918 IV, 4; HOLENSTEIN (1995), 490; THORMANN, ZBJV 1918, 202; THORMANN/VON OVERBECK (1940), 23.

531 *Votum* Gautier, Protokoll-I/1912, 359.

532 *Votum* Lang, Protokoll-I/1912, 359f.; dieser Antrag wurde abgelehnt, Protokoll-I/1912, 361.

533 *Votum* Geel, Protokoll-I/1912, 361; Zürcher antwortete, dass der Erfolg sehr wohl zu berücksichtigen sei, aber nur soweit er verschuldet sei, Protokoll-I/1912, 361.

534 Protokoll-I/1912, 361; HAFTER, ZStrR 1914, 24.

535 *Votum* Zürcher, Protokoll-I/1912, 360.

Hinsichtlich der Strafmilderungsgründe (Art. 50 VE-StGB/1908) wurden in der Expertenkommission verschiedene Anträge auf inhaltliche Änderungen vorgebracht. So wurde etwa beim Milderungsgrund des Zeitablaufs noch als weitere Voraussetzung eingefügt, dass sich der Täter während dieser Zeit wohl verhalten haben müsse.⁵³⁶ Dadurch sollte der Möglichkeit Rechnung getragen werden, dass die nahende Verjährung der Tat «gerade auf die Schlaueit und Durchtriebenheit des Täters zurückzuführen sein [könne]», was nicht noch durch eine mildere Strafe zu belohnen sei.⁵³⁷ Des Weiteren passte die Kommission beim Milderungsgrund der Provokation die Bestimmung dahingehend an, dass die Reizung oder Kränkung, die den Täter zur Tatbegehung verleite, ungerechtfertigt sein müsse.⁵³⁸ Ausserdem wurde der Strafmilderungsgrund des Handelns auf Befehl gestrichen und das Handeln auf Veranlassung einer Person dahingehend ergänzt, dass der Täter dieser Person Gehorsam schuldig oder von ihr abhängig sein müsse.⁵³⁹ Keinen Eingang in Art. 63 des Vorentwurfs von 1916 fand hingegen der Antrag, dass bei Vorliegen von Milderungsgründen eine *zwingende* Strafmilderung vorgenommen werden müsse. Dafür hatten sich ADRIEN LACHENAL und STEFANO GABUZZI ausgesprochen. Letzterer begründete dies zum einen damit, dass eine obligatorische Milderung besser zur ganzen Systematik des Gesetzesprojekts passe, das die möglichen Milderungsgründe bereits restriktiv aufliste. Zum anderen sei es auch nicht verständlich, wie das Gericht das Vorliegen solcher mildernden Umstände feststellen, gleichzeitig sich jedoch dazu entscheiden könne, sie nicht zu berücksichtigen.⁵⁴⁰ Mit dieser Argumentation liess sich jedoch keine Mehrheit in der Kommission finden.⁵⁴¹

Die Bestimmung zu den mildernden Strafsätzen, die im Vorentwurf von 1916 neu in Art. 64 unter der Marginalie «Strafsätze bei der Strafmilderung» Eingang fand, wurde in den Beratungen der Expertenkommission stark überarbeitet. Insbesondere die Abstufungen bei den Zuchthaus- und Gefängnisstrafen erfuhren eine Vereinfachung. Die Kommission fasste so unterschiedliche Strafabstufungen zusammen und gestattete damit in mehr Fällen eine Milderung bis zur unteren Grenze der jeweiligen Strafart. Neu war auch die

536 Antrag Bolli, Protokoll-I/1912, 364, 369; vgl. auch HAFTER, ZStrR 1914, 25.

537 Votum Bolli, Protokoll-I/1912, 364.

538 Votum Gabuzzi Protokoll-I/1912, 366 («*la provocation, pour donner lieu à l'atténuation de la peine, doit être injuste c'est-à-dire injustifiable vis-à-vis de l'auteur du délit [...]*»); Protokoll-I/1912, 369.

539 Votum Bolli, Protokoll-I/1912, 368; vgl. auch HAFTER, ZStrR 1914, 25.

540 Votum Gabuzzi, Protokoll-I/1912, 366.

541 Protokoll-I/1912, 369; vgl. auch HAFTER, ZStrR 1914, 25.

Möglichkeit, Gefängnis in Busse umzuwandeln.⁵⁴² Ganz gestrichen wurde des Weiteren Art. 52 VE-StGB/1908 (Ausschluss der Zuchthausstrafe), da diese Bestimmung bei der Anwendung des Gesetzes «höchstens Verwirrung» stiften würde.⁵⁴³ Keine Änderung erfuhr hingegen der Artikel zur Strafmilderung nach freiem Ermessen.⁵⁴⁴ Auch Art. 54 VE-StGB/1908 zur «gemeinen Gesinnung» des Täters sollte gemäss der ersten und zweiten Lesung der Kommission keine Änderung erfahren,⁵⁴⁵ jedoch wurde dessen Streichung gleichwohl in einer späteren Lesung beschlossen.⁵⁴⁶ Als Begründung wurde u.a. ausgeführt, dass es grundsätzlich dem Ermessen des Gerichts zu überlassen sei, welche Straftat es auswähle, wobei es neben der «ehrlosen Gesinnung» auch die Schwere der Tat zu berücksichtigen habe.⁵⁴⁷

Eine Änderung erfuhr ferner die Bestimmung zum Rückfall, da die – erst gerade verkürzte – Dauer der «Rückfallverjährung» von drei Jahren als zu kurz angesehen wurde.⁵⁴⁸ In der Abstimmung entschied sich die Kommission daher – wiederum – zu einer Erhöhung der Frist auf fünf Jahre.⁵⁴⁹ Auch wurden hinsichtlich der Berücksichtigung des gleichartigen und ungleichartigen Rückfalls unterschiedliche Standpunkte vertreten.⁵⁵⁰ Kritisiert wurde beim Institut des ungleichartigen Rückfalls insb., dass dadurch in diesem Punkt die sonst im Vorentwurf vorgesehene Individualisierung der Strafzumessung verloren ginge. Es sei so nicht verständlich, wie einem Täter etwa der «Rückfall» einer fahrlässigen Brandstiftung erschwerend vorgeworfen werden könne, wenn er zuvor ein völlig andersartiges Delikt – z.B. ein Sittlichkeitsdelikt – begangen hätte.⁵⁵¹ Gegen eine Beschränkung auf den speziellen bzw.

542 Protokoll-I/1912, 371 ff.; vgl. auch BRINER (1978), 15.

543 Votum Studer, Protokoll-I/1912, 377; vgl. auch HAFTER, ZStrR 1914, 25f.

544 Vgl. HAFTER, ZStrR 1914, 26.

545 Protokoll-I/1912, 380f.; Protokoll-II/1913, 112f., wobei sich die Bestimmung nicht mehr in einem eigenen Artikel befand, sondern als Abs. 2 in die Norm zu den Grundsätzen der Strafzumessung aufgenommen wurde.

546 Protokoll-VIII/1918, 206 f.; im VE-StGB/1915, der dem zweiten Beilagenband zum Protokoll der zweiten Expertenkommission entnommen werden kann, finden sich in Art. 62 zu den Grundlagen der Strafzumessung in Abs. 2 noch Ausführungen, welche die «ehrlose Gesinnung» bei der Wahl der Straftat berücksichtigen.

547 Vgl. Votum Müller, Protokoll-VIII/1918, 206.

548 Antrag Thormann, Protokoll-I/1912, 388; s.a. HAFTER, ZStrR 1914, 27.

549 Protokoll-I/1912, 389.

550 Vgl. Protokoll-I/1912, 385ff.

551 Votum Lang, Protokoll-VIII/1918, 210 («In welchen Fehler ist denn der Täter hier wieder verfallen? Die Bestimmungen über den Rückfall werden vom Richter jetzt schon häufig etwas schablonenhaft und gedankenlos gehandhabt, und das wird noch öfter geschehen, wenn wir nicht die Vorschrift des Art. 66 auf den gleichartigen Rückfall beschränken»).

gleichartigen Rückfall wurde hingegen vorgebracht, dass der Ausdruck «ähnliches Vergehen» zu unbestimmt sei und dem Gericht in der Anwendung entsprechend Probleme bereiten würde.⁵⁵² In der Abstimmung setzten sich die Vertreter durch, die gleichartige *und* ungleichartige Rückfälle als Strafschärfungsgründe berücksichtigt haben wollten.⁵⁵³ Ausserdem wurde das Strafminimum der Vorstrafe von sechs Monaten gestrichen, womit irgendeine frühere Freiheitsstrafe bereits ausreichte, um innerhalb der «Verjährungsfrist» einen Rückfall zu begründen.⁵⁵⁴

Schliesslich wurde auf Antrag von OTTO LANG die Bestimmung zur echten Konkurrenz erweitert. Mit Art. 67 VE-StGB/1916 führte die Kommission neben dem schon vorbestehenden Art. 68 VE-StGB/1916 zum «Zusammentreffen mehrerer strafbarer Handlungen» das «Zusammentreffen mehrerer Strafbestimmungen» ein. Diese Norm sollte die Strafzumessung im Falle von Idealkonkurrenz separat regeln und im Gegensatz zur Realkonkurrenz zu keiner Strafschärfung führen.⁵⁵⁵

a4. Bemerkungen zum Vorentwurf der zweiten Expertenkommission von Bundesrat EDUARD MÜLLER und CARL STOOSS

Im Januar 1917 verfasste der damalige Bundesrat EDUARD MÜLLER als Vorarbeit für die Vorlage an den Gesamtbundesrat Bemerkungen zum Vorentwurf der zweiten Expertenkommission von 1916.⁵⁵⁶ Obwohl er der Meinung war, dass an diesem Vorentwurf möglichst wenig geändert werden sollte,⁵⁵⁷ betrafen seine Anmerkungen zum Teil auch die Bestimmungen zur Strafzumessung. MÜLLER hielt einerseits fest, dass auch bei Art. 64 VE-StGB/1916 zu den Strafsätzen bei der Strafmilderung festzuhalten sei, dass es sich hier – wie

552 Votum Zürcher, Protokoll-VIII/1918, 208.

553 Protokoll-I/1912, 389; s. Votum Kronauer, der STOOSS nach seinen Ausführungen in den Grundzügen zitierte: «Die Gleichartigkeit der Handlung, werde sie nun objektiv oder subjektiv gefasst, verdient namentlich da besondere Berücksichtigung, wo dieselbe auf einen besondern Hang zu derartigen Verbrechen schliessen lässt oder sich der Verbrecher daraus sogar eine Spezialität macht (Taschendiebstahl oder Einbruch). Allein es darf nicht übersehen werden, dass äusserlich gleichartige Delikte nicht selten verschiedenen Motiven entspringen, das Motiv sich aber öfter nicht sicher ermitteln lässt, und dass gerade die gefährlichste Verbrecherklasse heute zu diesem, morgen zu jenem Verbrechen greift, je nachdem Lust und Gelegenheit sie dazu antreiben und veranlassen. Daher ist die Berücksichtigung des gleichartigen und ungleichartigen Rückfalles geboten, der gleichartige Rückfall fällt aber schwerer ins Gewicht [...]»; Protokoll-VIII/1918, 211.

554 Protokoll-I/1912, 389.

555 Protokoll-I/1912, 390 ff.; so brachte Lang vor, «bei der Idealkonkurrenz [...] handle] es sich um einen einzigen verbrecherischen Entschluss und um eine einzige Tat, durch die auch nur ein Vergehen verübt [...] werde]»; vgl. auch HAFTER, ZStr 1914, 27 f.

556 Bemerkungen BR Müller 1917.

557 Bemerkungen BR Müller 1917, 31.

bei Art. 63 VE-StGB/1916 – lediglich um eine fakultative Strafmilderung handle. Es sei nämlich fraglich, ob die derzeitige Fassung dies klar genug zum Ausdruck bringe.⁵⁵⁸ Bei der Bestimmung von Art. 66 VE-StGB/1916 zum Rückfall wünschte sich MÜLLER ebenfalls eine Überarbeitung des Gesetzeswortlauts. Seiner Ansicht nach sei nicht klar, ob das Gericht an die angedrohte Straftat gebunden sei oder neben einer Erhöhung der Dauer auch zu einer schwereren Straftat übergehen könne.⁵⁵⁹ Schliesslich warf er noch die Frage auf, ob die beiden Arten der echten Konkurrenz bei der Strafzumessung wirklich unterschiedlich behandelt werden sollten, wie dies nun Art. 67 und 68 VE-StGB/1916 vorsahen.⁵⁶⁰

Ebenfalls zum Vorentwurf der zweiten Expertenkommission – und auch als Antwort auf die Bemerkungen von EDUARD MÜLLER – äusserte sich CARL STOOSS im Juni 1917.⁵⁶¹ Er hielt fest, dass sich bereits aus den bestehenden gesetzlichen Bestimmungen ergebe, dass es sich auch bei Art. 64 VE-StGB/1916 zu den Strafsätzen der Strafmilderung um eine *Kann*-Vorschrift handle, deren Anwendung also nur fakultativ für den Fall vorgesehen sei, dass das Gericht eine Milderung nach Art. 63 VE-StGB/1916 vornehmen würde.⁵⁶² STOOSS schlug schliesslich vor, die Art. 63 und 64 in einem Artikel unter der Marginalie «Strafmilderungsrecht des Richters» zusammenzufassen, um mögliche Missverständnisse auszuschliessen.⁵⁶³

Kritisch äusserte sich STOOSS insb. zur im Rahmen der Beratungen der zweiten Expertenkommission eingefügten und auch von MÜLLER angesprochenen Unterscheidung von Real- und Idealkonkurrenz in Art. 67 und 68 VE-StGB/1916. Entgegen den damaligen Ausführungen von OTTO LANG, dass bei der Idealkonkurrenz nur «ein Vergehen verübt» werde, begehe der Täter – so STOOSS' Ausführungen – vielmehr durch «eine Tat mehrere Vergehen», weil er «durch diese Tat mehrere strafrechtlich geschützte Güter schuldhaft [... angreife]». ⁵⁶⁴ STOOSS teilte damit auch nicht die in der Kommission vorherrschende Ansicht, dass die Real- strafwürdiger als die Idealkonkurrenz sei. Es sei nicht einzusehen, weshalb der Täter weniger strafwürdig sein solle, wenn er ein Übel, das ein anderer durch mehrere Taten verursache, durch eine einzige Tat bewirke.⁵⁶⁵

558 Bemerkungen BR Müller 1917, 7.

559 Bemerkungen BR Müller 1917, 8.

560 Bemerkungen BR Müller 1917, 8 f.

561 Bemerkungen Stooss 1917; vgl. auch Botschaft, BBl 1918 IV, 4.

562 Bemerkungen Stooss 1917, 21 («Die mildereren Strafsätze gelten also für den Fall, dass der Richter sich für Strafmilderung entscheidet [...]»); vgl. auch DIEZ (1944), 56.

563 Siehe zum Vorschlag eines neuen gemeinsamen Artikels Bemerkungen Stooss 1917, 21 f.

564 Bemerkungen Stooss 1917, 23.

565 Bemerkungen Stooss 1917, 23 f.

a5. Der Vorentwurf der Revisionskommission in Weggis von 1917

Im Sommer 1917 tagte in Weggis eine kleine Revisionskommission, die den Vorentwurf von 1916 – unter Mitarbeit von CARL STOOSS – einer letzten Durchsicht unterziehen sollte. Daraus resultierte ein Vorentwurf vom August 1917 zum Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuchs. Dabei fand wiederum eine Änderung der Artikelnummerierung statt, sodass die Bestimmungen zur Strafzumessung nun in den Art. 59 ff. geregelt waren. Inhaltliche Änderungen erfuhr zum einen Art. 60 VE-StGB/1917 zu den Strafmilderungsgründen, der im Vergleich zu Art. 63 VE-StGB/1916 keine Ziff. 2 mehr aufwies, wonach ein mildern-der Umstand, der bereits zum Tatbestand eines Delikts gehörte, nicht zu einer weiteren Strafmilderung führen konnte.⁵⁶⁶ Des Weiteren wurde die Bestimmung von Art. 62 VE-StGB/1917 zur Strafmilderung nach freiem Ermessen mit einem neuen Absatz ergänzt, wonach das Gericht bei dieser Art der Strafmilderung gleichwohl noch an das gesetzliche Mindestmass der Strafart gebunden war. Eine Änderung gab es schliesslich auch bei den Regelungen zur Konkurrenz. Ganz im Geiste der zuvor erwähnten Anmerkungen von CARL STOOSS zum Vorentwurf von 1916⁵⁶⁷ wurden die Real- sowie die Idealkonkurrenz nun in der gleichen Bestimmung (Art. 64 VE-StGB/1917) genannt und auch im Ergebnis angeglichen. In beiden Fällen der echten Konkurrenz war somit eine Strafschärfung bis zum Anderthalbfachen der Strafandrohung des schwersten Delikts möglich. Die übrigen Bestimmungen zur Strafzumessung erhielten – wenn überhaupt – lediglich redaktionelle Anpassungen.

a6. Der Entwurf des Strafgesetzbuches von 1918

Bis Juni 1918 wurde ein Departementsentwurf des Strafgesetzbuchs ausgearbeitet, in dem die einzelnen Bestimmungen der Strafzumessung wiederum eine neue Nummerierung erhielten (Art. 60 ff. DPE-StGB/1918). Inhaltliche Änderungen im Vergleich zum Vorentwurf von 1917 fanden sich grundsätzlich nicht, redaktionelle Anpassungen wurden insb. in der Bestimmung zum Zusammentreffen mehrerer strafbarer Handlungen oder mehrerer Strafbestimmungen vorgenommen. Einerseits wurde die Bussenkumulation, die in Art. 64 Abs. 2 VE-StGB/1917 vorgesehen war («Bussen werden gehäuft»), überarbeitet, wonach die neue Bestimmung vorsah, dass im Falle mehrerer verhängter Bussen das Gericht den Täter zu derjenigen Busse zu verurteilen habe, die seinem Verschulden entspreche. Ferner wurde Art. 65 Ziff. 2 DPE-StGB/1918 angepasst, der eine im Vergleich zu Art. 64 VE-StGB/1917 vereinfachte Umschreibung der

⁵⁶⁶ Vgl. dazu eingehend hinten II.C.3.

⁵⁶⁷ Vgl. vorne I.C.4.f.a4.

retrospektiven Konkurrenz enthielt.⁵⁶⁸ Der kurz darauf im gleichen Jahr präsentierte Entwurf des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch vom 23. Juli 1918⁵⁶⁹ erfuhr bei der Strafzumessung im Vergleich zum Departementsentwurf keine Anpassungen mehr (Art. 60 ff. E-StGB/1918). Äusserst kursorisch präsentierten sich dazu die Ausführungen der Botschaft.⁵⁷⁰

Die im Nachgang zur Publikation des bundesrätlichen Entwurfs durchgeführten parlamentarischen Beratungen führten bei der Strafzumessung ebenfalls zu keinen wesentlichen Änderungen. Die Erstbehandlung im Nationalrat fand von 1928 bis 1930 statt. Art. 60 E-StGB/1918 zu den Grundsätzen sowie Art. 62 E-StGB/1918 zu den Strafsätzen bei der Strafmilderung wurden darin ohne Anpassungen übernommen.⁵⁷¹ Rein redaktionelle Überarbeitungen erfuhr die Bestimmung zur Strafmilderung nach freiem Ermessen (Art. 63 E-StGB/1918).⁵⁷² Eine von der Kommission vorgeschlagene Ergänzung fand jedoch Eingang in die Aufzählung der Milderungsgründe von Art. 61 E-StGB/1918, wonach nun auch eine Strafmilderung ausgesprochen werden konnte, wenn der Täter durch das Verhalten des Opfers ernstlich in Versuchung geführt wurde; die Anwendung dieses Milderungsgrundes sollte bei gegebenen Voraussetzungen insb. im Zusammenhang mit Sittlichkeitsdelikten zur Anwendung kommen.⁵⁷³ Der Strafschärfungsgrund des Rückfalls (Art. 64 E-StGB/1918) sollte gemäss dem Nationalrat nicht mehr einen Täter treffen, der aufgrund eines früheren Delikts nur in Haft genommen wurde; ausschlaggebend waren nur noch frühere Verurteilungen zu Zuchthaus oder Gefängnis.⁵⁷⁴ Der Berichterstatter hob jedoch hervor, dass sich der Rückfall weiterhin nicht auf gleichartige Delikte beschränke.⁵⁷⁵ Zusätzlich aufgenommen wurde die Entlassung aus einer Trinkerheilanstalt, die damit gleichbedeutend mit einer erstandenen Freiheitsstrafe oder der Entlassung aus einer Verwahrungs- oder Arbeitserziehungsanstalt sein sollte.⁵⁷⁶ Gleiche Behandlung bei der Strafzumessung wurde auch hier bei der Real- und Idealkonkurrenz

568 Wurde nach der alten Bestimmung noch die alte Strafe aufgehoben und ein neues Gesamturteil ausgesprochen, so musste nach der angepassten Norm eine Zusatzstrafe ausgefällt werden, wobei das ursprüngliche Urteil aber unangetastet blieb.

569 Siehe hierzu STOOSS, ZStrR 1918, 280 ff.

570 Vgl. Botschaft, BBl 1918 IV, 24 f.

571 StenBull NR 1928, 964, 966.

572 StenBull NR 1928, 966.

573 StenBull NR 1928, 964 f.; vgl. auch BRINER (1978), 16.

574 StenBull NR 1928, 966.

575 StenBull NR 1928, 966.

576 StenBull NR 1928, 966.

vorgesehen.⁵⁷⁷ Der Ständerat schloss sich in seinen Beratungen von 1931 bis 1932 in beinahe allen Punkten den Beschlüssen des Nationalrats an. Lediglich in Art. 64 E-StGB/1918 beschloss er, in Ziff. 1 die durch den Nationalrat in die Bestimmung aufgenommene Trinkerheilanstalt wieder zu streichen.⁵⁷⁸ Im Differenzbereinigungsverfahren hielt der Nationalrat jedoch an der Aufnahme der Heilanstalt – gestützt auf die dortige, ebenfalls vom Nationalrat beschlossene, mögliche Verwahrung für «Gewohnheitstrinker» anstelle der Freiheitsstrafe – in das Gesetz fest.⁵⁷⁹ Der Ständerat nahm diesen Beschluss in seiner Sitzung vom 17. Juni 1935 schlussendlich ebenfalls an.⁵⁸⁰

5. Die Regelung der Strafzumessung im Strafgesetzbuch von 1937

Die definitive Fassung des Strafgesetzbuchs wurde am 21. Dezember 1937 vorgelegt⁵⁸¹ und trat schliesslich am 1. Januar 1942 in Kraft – der Bund brauchte damit rund ein halbes Jahrhundert, bis er von seiner Kompetenz zur Ausarbeitung eines Strafgesetzbuchs vollumfänglich Gebrauch machte.⁵⁸² Abgesehen von kleinen redaktionellen Änderungen wurden im Vergleich zum Ergebnis der Differenzbereinigung in den Räten keine Anpassungen des letzten Entwurfs mehr vorgenommen. Lediglich die Nummerierung der Artikel hatte sich wieder verschoben, nun waren die Bestimmungen zur Strafzumessung in Art. 63 ff. StGB/1937 geregelt. Diese Bestimmungen zur Strafzumessung i.e.S. hatten nach Inkrafttreten des Gesetzes – abgesehen von einer kleinen Anpassung im Rahmen der Teilrevision des Sanktionenrechts von 1971⁵⁸³ – bis zur Revision des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuchs von 2002 Bestand.

6. Die «Revolution» der Strafzumessung in den 1990er-Jahren

Die Schweiz hatte damit seit den frühen 40er-Jahren des 20. Jahrhunderts endlich ein gesamtschweizerisch anwendbares Strafgesetzbuch, das auch allgemeine Voraussetzungen für die ordnungsgemässe Vornahme der Straf-

577 StenBull NR 1928, 966f.

578 StenBull SR 1931, 331f.

579 StenBull NR 1934, 251.

580 StenBull SR 1935, 201.

581 Ablauf der Referendumsfrist am 29. März 1938, s. Referendumsvorlage, BBl 1937 III, 625.

582 Vgl. BSK BV-GÖKSU, Art. 123 N 2.

583 Siehe zur Teilrevision Botschaft, BBl 1965 I, 561 ff.; sowie die Ausführungen des Berichterstatters Zellweger in AmtlBull SR 1967, 43 ff.; die Strafmilderungsgründe in Art. 64 StGB/1937 wurden durch die fehlende Einsicht in das Unrecht der Tat wegen Minderjährigkeit ergänzt, da dies bis anhin in Art. 100 geregelt war, diese Bestimmung jedoch gestrichen wurde; vgl. AmtlBull SR 1967, 67; BRINER (1978), 17.

zumessung vorsah.⁵⁸⁴ Trotz der nun bestehenden Zumessungsbestimmungen war deren Anwendbarkeit in der Praxis jedoch bei Weitem nicht so klar, wie dies ursprünglich angedacht war. Obwohl nämlich das Strafzumessungsrecht für die Gerichte von grösster Wichtigkeit war – und auch heute noch ist –, fehlte in den Augen vieler Praktiker trotz der neuen Bestimmungen eine eigentliche «Handlungsanleitung» für das genaue Festsetzen der Strafe; die Strafzumessungsregelungen von Art. 63 ff. StGB/1937 sahen blosse Grundsätze vor und gaben dem Gericht dadurch keine umfassende Regelung für die Zumessung der konkreten Strafe zur Hand.⁵⁸⁵ Auch fehlten umfangreiche wissenschaftliche Abhandlungen zur Strafzumessung, da sich die Dogmatik nicht in gleichem Umfang mit der Strafzumessung wie etwa mit Fragen der Tatbestandsmässigkeit befasste; die gerichtliche Strafzumessung galt als unantastbare Domäne gerichtlicher Freiheit.⁵⁸⁶ Während die Zahl an Lehrbüchern über den Besonderen Teil des Strafgesetzbuches stetig anwuchs, fristeten Werke über das Sanktionen- und insb. das Strafzumessungsrecht ein eher stiefkindliches Dasein.⁵⁸⁷ Dieses Missverhältnis zwischen der «dogmatischen Vertiefung und Verfeinerung der Schuldfrage und der primitiven oberflächlichen Behandlung der Straffrage» war nicht nur in der Schweiz ein Problem, sondern wurde auch in Deutschland kritisiert.⁵⁸⁸ Ein Teil der Lehre schien diesen Zustand jedoch als unabänderbar anzusehen, da die Strafzumessung als «schwierigste Kunst» eine Bindung des Gerichts an starre Rechtsregeln oder eine feste Praxis unmöglich machen würde; herrschen müsse das individualisierende freie Ermessen, um Schematismus und Straftaxen vorzubeugen.⁵⁸⁹ Insofern müsse es auch in Kauf genommen werden, dass in verschiedenen Gerichten und Landesgegenden mit unterschiedlichen Massen gemessen werde.⁵⁹⁰

Erst ab Mitte der 1970er-Jahre kam langsam ein breiteres Interesse an den Rechtsfragen in Zusammenhang mit der Strafzumessung auf.⁵⁹¹ Dies entsprang u.a. einer Besorgnis, dass eine Strafzumessung, die sich einer rationalen Kontrolle entzog, zu Ungleichheit und Ungerechtigkeit, wenn nicht sogar

584 So hielt HUTH, ZStrR 1942, zur neuen Regelung von Art. 63 StGB/1937 fest: «Eine Festsetzung der Strafe nach Gutdünken scheidet daher aus [...]» (60).

585 So auch heute noch zu den Bestimmungen von Art. 47 ff. JOSITSCH/CONTE, AJP 2017, 368, 375; STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 1, 3; BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 5.

586 P. ALBRECHT, ZStrR 2017, 440; DERS., ZStrR 2013, 404 ff.; OBERHOLZER, in: Riklin, 33; BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 7 f.

587 Vgl. dazu P. ALBRECHT, ZStrR 2017, 440; FRANK, ZStrR 1943, 232; s.a. HAUSER (1985), 28.

588 BRUNS² (1974), 8 f.; SPENDEL (1954), 240; s.a. LACKNER (1978), 5 ff.

589 HAFTER², 343; vgl. STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 4.

590 HAFTER², 351.

591 P. ALBRECHT, ZStrR 2017, 440; s.a. QUELOZ, ZStrR 1998, 143.

Willkür führe.⁵⁹² Insbesondere die noch durch ERNST HAFTER in Kauf genommenen Unterschiede in der Strafpraxis zwischen einzelnen Gerichten (sogar im selben Kanton!) wollten so nicht mehr hingenommen werden.⁵⁹³ Als sanktionenrechtlicher Meilenstein darf in der Schweiz in diesem Zusammenhang wohl das 1989 in erster Auflage erschienene Lehrbuch zu den Strafen und Massnahmen von GÜNTER STRATENWERTH erachtet werden, welches eine umfassende und fundierte Darstellung der Strafzumessung enthielt.⁵⁹⁴ STRATENWERTH hatte jedoch nicht zum Ziel, eine Schematisierung der Strafzumessung zu erreichen, welche auch durch einen Computer durchgeführt werden könnte. Vielmehr sollte es darum gehen, die Gerichte vermehrt dazu anzuhalten, genauer darzulegen, auf welche Tatsachen sich die Strafzumessung stützt und wie diese bewertet werden.⁵⁹⁵ Auch weitere Stimmen in der Lehre setzten sich für dem Unrechts- und Schuldgehalt einer Tat angemessenere Strafen ein. Dieses Ziel sollte insb. durch erhöhte Voraussetzungen an die Begründung der jeweiligen Strafe erreicht werden.⁵⁹⁶ Die Folge einer transparenteren Strafbegründung sei so nicht zuletzt auch der Akzeptanz der Strafe durch den Täter zuträglich.⁵⁹⁷

Auch das Bundesgericht befasste sich bis zu Beginn der 1990er-Jahre kaum mit den Fragen des Strafmasses, sondern stellte sich auf den Standpunkt, dass das Sachgericht im Rahmen seines Ermessens über die Zumessung der Strafe zu entscheiden habe.⁵⁹⁸ So hielt es fest, dass der Kassationshof die Strafe nicht nach eigenem Ermessen zemesse. Er greife auf Nichtigkeitsbeschwerde hin

592 P. ALBRECHT, ZStR 1991, 45; STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 4; WIPRÄCHTIGER, ZStR 1996, 424.

593 STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 4 («[Man weiss], dass sich die Strafpraxis vielfach nicht nur von Kanton zu Kanton, sondern mitunter sogar von Gericht zu Gericht deutlich unterscheidet. Dass dies kaum akzeptabel ist, wird heute weitgehend anerkannt [...]»); BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 201 («Für die Integrationswirkung des Rechts ist es ausserordentlich wichtig, dass weder bei den Betroffenen noch in der Bevölkerung das Gefühl entsteht, Strafen würden willkürlich, über den Daumen gepeilt, von Gericht zu Gericht und von Spruchkörper zu Spruchkörper, unterschiedlich festgesetzt»).

594 STRATENWERTH AT II¹, § 7 N 1ff.; vgl. dazu BACHER/JENDLY, in: MH Queloz, 38.

595 STRATENWERTH AT II², § 6 N 5.

596 CORBOZ, ZBJV 1995, 2f.; WIPRÄCHTIGER, ZStR 1996, 423.

597 NAY, ZStR 1994, 176f.; WIPRÄCHTIGER, ZStR 1996, 424.

598 BGE 107 IV 60, E. 2/a; 68 IV 16, E. 4 («Die Bestimmung der dem Verschulden angemessenen Strafe innerhalb des gesetzlichen Strafrahmens ist Ermessensfrage und als solche der Überprüfung des Kassationshofes entzogen [...]»); vgl. auch BGE 136 IV 55, E. 5.4 ff.; 134 IV 17, E. 2.1; 129 IV 6, E. 6.1; 127 IV 101, E. 2; GISEL-BUGNION (1978), 65 ff.; HAUSER (1985), 30; KILLIAS, in: FS Gauthier, 39 f.; KILLIAS et al.², Rz. 1220; LINIGER, SJ 1996, 565 f.; QUELOZ, ZStR 1998, 139 ff.; STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 89; WIPRÄCHTIGER, ZStR 1996, 423; vgl. für die ebenfalls anfängliche Zurückhaltung des BGH in Deutschland DETTER, in: FS BGH, 691f.

nur ein, «wenn der kantonale Richter den gesetzlichen Strafnahmen über- oder unterschritten hat, wenn er nicht von rechtlich massgebenden Gesichtspunkten ausging oder die Strafe willkürlich hart oder milde ansetzte».⁵⁹⁹ Trotz der grossen Verantwortung, die dadurch den kantonalen Instanzen zukam, finden sich in deren Urteilen nur selten allgemeine Erwägungen zu Art. 63 StGB/1937.⁶⁰⁰ Zwar setzten sich die Urteilserwägungen regelmässig mit der Strafhöhe auseinander, jedoch erfuhr man nichts über den Prozess, wie das Ergebnis bzw. die Strafe schliesslich zustande gekommen war.⁶⁰¹ So wurden die einzelnen strafmindernden oder strafferhöhenden Umstände grundsätzlich aufgezählt, der Leserschaft wurde jedoch nicht ersichtlich, welche *Bewertungsrichtung*, geschweige denn *Gewichtung* den einzelnen Merkmalen zuerkannt wurde.⁶⁰² Am Schluss eines solchen Strafzumessungsentscheids erschien plötzlich «*deus ex machina*» eine bestimmte Strafhöhe, die zumeist durch einen Satz im Sinne von: «Aus allen diesen Gründen erscheint eine Strafe von zehn Monaten Gefängnis dem Verschulden des Angeklagten angemessen»; warum nun gerade zehn und nicht acht oder elf Monate angemessen sein sollten, erschloss sich hingegen nicht.⁶⁰³ Das Bundesgericht erachtete eine solche summarische Begründung der für die Strafzumessung relevanten Umstände durch die Vorinstanz aber als ausreichend, da «es [...] dem kantonalen Richter nicht zugemutet werden [kann], im Urteil sämtliche Umstände, die geeignet sind, die Strafe zu mindern oder zu erhöhen, bis in die letzten Einzelheiten erschöpfend aufzuzählen; eine Zusammenfassung der wesentlichen Verschuldenselemente muss genügen».⁶⁰⁴ Insofern war eine

599 BGE 107 IV 60, E. 2a.; vgl. auch BGE 95 IV 59, E. 2; ARZT, recht 1994, Rz. 3; KILLIAS, in: FS Gauthier, 39 f.; LINIGER, SJ 1996, 565 f.; PIQUEREZ, in: FS Rehberg, 259; für eine Übersicht dieser Rechtsprechung s. CORBOZ, SJ 1991, 78 f.

600 Vgl. P. ALBRECHT, ZStrR 1991, 50.

601 P. ALBRECHT, ZStrR 1991, 50 («*Jede Analyse erstinstanzlicher Entscheide ergibt, dass die Gerichte über das Geheimnis der Strafzumessung schweigen, und zwar sehr wortreich*»); HAUSER (1985), 35; STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 91; WIPRÄCHTIGER, ZStrR 1993, 184.

602 P. ALBRECHT, ZStrR 1991, 50; HAUSER (1985), 35; STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 91.

603 P. ALBRECHT, ZStrR 1991, 50; KIENER, ZStrR 2007, 354; StGB PK⁴-TRECHSEL/M. SEELMANN, Art. 47 N 36; WIPRÄCHTIGER, ZStrR 1993, 184; vgl. etwa StrGer BL, Urteil vom 8. August 1991, S. 12: «*Dies führt das Gericht [...] zur Bestimmung einer Gefängnisstrafe von 17 Monaten und 10 Tagen.*»

604 BGE 93 IV 49, E. III.3c; gemäss KIENER hätten sich die Begründungen zur Strafzumessung der erstinstanzlichen Gerichte in dieser Zeit meist in nichtssagenden allgemeinen Floskeln erschöpft, «*aus denen dann die als angemessen erachtete Strafe wie von Zauberhand entstand [...]*» (ZStrR 2007, 354 Fn. 7); s.a. REHBERG⁷, 77; STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 91.

Beschwerde hinsichtlich des von der Vorinstanz festgelegten Strafmasses fast aussichtslos, sofern die Vorinstanz den gesetzlichen Strafrahmen einhielt.⁶⁰⁵

Diese Zurückhaltung wurde nun durch das Bundesgericht im Jahre 1990 (teilweise) fallengelassen. Es mischte sich nun bei der Strafzumessung energischer in die kantonale Rechtsprechung ein, was verschiedentlich als eigentliche «Revolution» bezeichnet wurde.⁶⁰⁶ Dass dies kurz nach Erscheinen des Grundlagenwerks von STRATENWERTH geschah, ist wohl kein Zufall, war es nun doch durch die erstmalige umfassende Darstellung der Strafzumessungsregeln möglich, generelle Richtlinien für eine eingehendere Strafzumessungsbegründung heranzuziehen.⁶⁰⁷ Zwei Jahre zuvor war des Weiteren auch der Bericht und Vorentwurf von HANS SCHULTZ zu einem neuen Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuchs veröffentlicht worden. Darin setzte sich SCHULTZ für eine strafzumessungsrechtliche Vorschrift ein, die «so deutlich [sei], dass deren Missachtung als bundesrechtswidrig gerügt werden [könne]».⁶⁰⁸ Damit sollte ausgeschlossen werden, dass die Strafzumessung wie bisher nur daraufhin geprüft werden könne, ob das kantonale Gericht sein Ermessen überschritt oder missbrauchte. Auch SCHULTZ wies hierbei auf die gravierenden Unterschiede in den kantonalen Rechtsprechungen hin.⁶⁰⁹

Einen Einfluss auf die strafzumessungsrechtliche Wende hatte wohl auch die neue personelle Zusammensetzung der strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts, die sich vor «Auseinandersetzungen mit der Rechtswissenschaft» nicht scheute.⁶¹⁰ Ab BGE 116 IV 288 erhöhte das Bundesgericht seine Anforderungen an die Begründung der Strafzumessung kontinuierlich.⁶¹¹ In dieser Entscheidung statuierte es explizit, dass es die Frage nach der Verletzung eidgenössischen Rechts frei prüfen könne und dass dafür die kantonale Instanz verpflichtet sei, «de mentionner dans sa décision les éléments sur

605 HAUSER (1985), 35; STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 91.

606 P. ALBRECHT bezeichnet diese «Revolution» als «sehr mutigen Schritt» (ZStrR 2017, 441) und hält fest, dass dadurch die «Strafzumessung wissenschaftlich salonfähig» geworden sei (AJP 1996, 396); ARZT, recht 1994, Rz. 1 ff., der jedoch von einer «Revolution in der Sackgasse» spricht; WIPRÄCHTIGER hält diesbezüglich fest, dass ARZT «dem Kassationshof mit diesem Titel insofern zu viel Ehre an[tue], als eine Revolution in der Schweizer Rechtspraxis kaum denkbar und bei der Strafzumessung auch nicht gewollt [sei]» (ZStrR 1996, 456); QUELOZ bezeichnete die Praxisänderung als «un changement de jurisprudence (re)marqué [...]» (ZStrR 1998, 142); s. a. BACHER/JENDLY, in: MH Queloz, 36 f.

607 NAY, ZStrR 1994, 175 f.; m.w.H. zu den Gründen für die Praxisänderung BACHER/JENDLY, in: MH Queloz, 38 ff.; LINIGER, SJ 1996, 568; QUELOZ, ZStrR 1998, 142 ff.

608 Bericht VE-StGB/1987, 122.

609 Bericht VE-StGB/1987, 122 f.

610 So P. ALBRECHT, ZStrR 2017, 442.

611 ARZT, recht 1994, Rz. 4; KILLIAS/KUHN/RÔNEZ, in: Tonry/Hatlestad, 204; LINIGER, SJ 1996, 568; PIQUEREZ, in: FS Rehberg, 259; REHBERG⁷, 77; SCHUBARTH, BJM 1992, 65.

lesquels elle s'est fondée pour déterminer la peine à infliger». ⁶¹² In BGE 117 IV 112 ergänzte es diese grundlegende Feststellung dahingehend, dass zwecks Überprüfung, ob die verhängte Strafe im Einklang mit den Zumessungsregeln des Bundesrechts stehe und ob das Sachgericht sein Ermessen überschritten habe oder nicht, alle wesentlichen Strafzumessungskriterien in der schriftlichen Urteilsbegründung zu erwähnen seien. Die Begründung der Strafzumessung müsste daher in der Regel den zur Anwendung gelangenden Strafraumen nennen und die einzelnen Tat- und Täterkomponenten so erörtern, dass festgestellt werden könne, ob alle rechtlich massgeblichen Gesichtspunkte Berücksichtigung fanden und wie sie gewichtet wurden. Je höher die Strafe sei, desto höhere Anforderungen seien an die Darlegung der Gründe, die die Strafe rechtfertigen, zu stellen. ⁶¹³

In einem späteren Entscheid hielt das Bundesgericht schliesslich präzisierend fest, dass die Angabe der massgebenden Komponenten und deren Gewichtung auch für die im Gesetz genannten Strafschärfungs- und Strafmilderungsgründe gelte. Die blossе Auflistung einiger Strafzumessungsfaktoren mit der anschliessenden Bemerkung, unter diesen Umständen sei die ausgefallte Strafe angemessen, reiche nicht aus. Das Sachgericht müsse die Überlegungen, die es bei der Zumessung der Strafe angestellt habe, in seinem Urteil in den Grundzügen darstellen und die Strafzumessung so gut wie möglich nachvollziehbar machen. Dann nämlich sei es auch möglich zu prüfen, ob es sich von zutreffenden oder unzutreffenden Gesichtspunkten habe leiten lassen und ob es sich bei der Gewichtung der relevanten Faktoren im Rahmen seines weiten Ermessens gehalten habe. Besonders hohe Anforderungen an die Begründung der Strafzumessung würden neben einer ungewöhnlich bzw. auffallend hohen Strafe auch bei einer auffallend milden Bestrafung verlangt. ⁶¹⁴ Das Bundesgericht stellte dabei jedoch klar, dass das Gericht dadurch nicht verpflichtet sei, im Urteil in absoluten Zahlen oder Prozenten anzugeben, inwieweit es bestimmte strafzumessungsrelevante Tatsachen straf erhöhend oder strafmindernd berücksichtigt habe. Das Bundesrecht verlange nämlich nicht das Anstellen derartiger Berechnungen. ⁶¹⁵

612 BGE 116 IV 288, E. 2b/c; s.a. LINIGER, SJ 1996, 568; SCHUBARTH, BJM 1992, 65.

613 BGE 117 IV 112, E. 1; s. dazu auch KILLIAS, in: FS Gauthier, 40; LINIGER, SJ 1996, 568; SCHUBARTH, BJM 1992, 65.

614 BGE 121 IV 49, E. 2a/aa; s.a. BGE 118 IV 14, E. 2; P. ALBRECHT, ZStrR 1991, 45 ff.

615 BGE 118 IV 14, E. 2; 116 IV 288, E. 2b; s. dazu auch WIPRÄCHTIGER, ZStrR 1996, 425; eine Ausnahme davon stellte der Fall der retrospektiven Konkurrenz dar: «Wo es, wie der vorliegende Fall zeigt, nicht möglich ist, ohne Angabe der Höhe der jeweiligen Strafen in Zahlen mit der nötigen Klarheit die für die Strafzumessung massgeblichen Gesichtspunkte und ihre Gewichtung darzustellen, haben indessen ausnahmsweise Zahlenangaben zu erfolgen, damit sich überprüfen lässt, ob die Strafzumessung mit dem Bundesrecht im

Das Bundesgericht betonte schliesslich, dass die nun erhöhten Begründungsanforderungen nicht allein dazu da seien, die vorinstanzlichen Strafzumessungsentscheide besser überprüfbar zu machen. Die Begründung des Strafmasses sei «nicht Selbstzweck, sondern Mittel zum Zweck». ⁶¹⁶ Vielmehr sei das Gericht dadurch angehalten, sich selbst intensiver mit der Frage der Strafzumessung und den dafür entscheidenden Komponenten auseinanderzusetzen. ⁶¹⁷ Fallengelassen wurde aber die Formulierung, dass das Bundesgericht den Strafzumessungsentscheid der Vorinstanz nur dann kontrollieren könne, wenn das kantonale Gericht «die Strafe willkürlich hart oder milde ansetze». ⁶¹⁸ Das Bundesgericht hielt jedoch weiterhin fest, dass das Sachgericht im Rahmen seines Ermessens über die Höhe der Strafe entscheide. Es greife nur ein, wenn die Vorinstanz den gesetzlichen Strafrahmen über- oder unterschritten habe, wenn sie von rechtlich nicht massgebenden Kriterien ausgegangen sei oder wesentliche Gesichtspunkte ausser Acht gelassen bzw. durch Überschreitung oder Missbrauch ihres Ermessens falsch gewichtet habe. ⁶¹⁹ Eine solche *Überschreitung* des gerichtlichen Ermessens fände dann statt, wenn die Strafe «aus dem gesetzlichen Rahmen fällt», ihn über- oder unterschreitet oder wenn das Sachgericht «ein offensichtlich unhaltbares, willkürliches hartes (oder mildes) Urteil fällt». ⁶²⁰ Ein Ermessensmissbrauch liege dagegen vor, «wenn [...die Vorinstanz] von rechtlich nicht massgebenden Kriterien ausgegangen ist oder wenn sie wesentliche Gesichtspunkte ausser Acht gelassen bzw. (in Überschreitung oder Missbrauch ihres Ermessens) falsch gewichtet hat». ⁶²¹

Dieser Praxisänderung wurde seitens der Lehre teilweise Kritik entgegengehalten. So wurde vorgebracht, dass sich eine – zwar durchaus anzustrebende – Vereinheitlichung der Strafzumessung kaum verwirklichen lasse, solange eine Überprüfung der durch die Gerichte vorgenommenen «Einsatzstrafen» aufgrund des weiten Ermessens nicht möglich sei. ⁶²² Um eine Verein-

Einklang steht [...]» (BGE 118 IV 119, E. 2); s. dazu auch KILLIAS, in: FS Gauthier, 48; NAY, ZStrR 1994, 176 f.; REHBERG⁷, 78.

616 BGE 118 IV 14, E. 2; vgl. auch LINIGER, SJ 1996, 574; NAY, ZStrR 1994, 177.

617 NAY, ZStrR 1994, 177; REHBERG⁷, 78; WIPRÄCHTIGER, ZStrR 1996, 428.

618 So noch BGE 107 IV 60, E. 2a; StGB PK⁴-TRECHSEL / M. SEELMANN, Art. 47 N 37.

619 BGE 144 IV 313, E. 1.2; 134 IV 17, E. 2.1; 129 IV 6, E. 6.1; 118 IV 14, E. 2; BGer, Urteil 6B_382/2021 vom 25. Juli 2022, E. 2.4.1; 6B_1074/2020 vom 3. Februar 2021, E. 1.2; 6B_496/2020 vom 11. Januar 2021, E. 3.2; 6B_289/2014 vom 13. Mai 2014, E. 1.2; s.a. STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 89.

620 Siehe etwa BGE 144 IV 313, E. 1.2; 144 IV 136, E. 9.1; 123 IV 150, E. 2a und 2b; 121 IV 193, E. 2a; 78 IV 67, E. 2.

621 BGE 129 IV 6, E. 6.1; 124 IV 286, E. 4a; s.a. STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 90.

622 REHBERG⁷, 78; dass das Bundesgericht keinen Einfluss auf die von einem Tatgericht bestimmte Einsatzstrafe hat, gibt es selbst in BGE 118 IV 14, E. 2 zu: «*[Berechnungen in*

heitlichung zu erreichen, müssten vielmehr *de lege ferenda* für die einzelnen Tatbestände bedeutend engere und nach den objektiven Umständen abgestufte Strafraumen aufgestellt werden.⁶²³ Dass die Festlegung einer Einsatzstrafe – im Sinne einer Strafe, die bei Fehlen von gewissen Milderungs- oder Schärfungsgründen ausgesprochen worden wäre – bundesrechtlich nicht vorgeschrieben war, scheint auch der damalige Kassationshof zu bedauern.⁶²⁴ Ein Kontrollgericht sei natürlich froh, einen Anhaltspunkt für Vergleiche mit anderen Fällen zu haben.⁶²⁵ Wiederum andere Stimmen dagegen warfen der neuen Praxis des Bundesgerichts vor, das gerichtliche Ermessen durch die komplexen Vorgaben mit ihrer «Technisierung» zu stark einzuschränken: «La nouvelle jurisprudence développée par le Tribunal fédéral impose en effet au juge du fond d'indiquer dans ses moindres détails, voire en chiffres (en additionnant, en soustrayant ou en compensant) ou en pour-cent, la part attribuée aux différents critères qu'elle a elle-même posés. Ce faisant, par le biais de la motivation, elle porte une grave atteinte au traditionnel et légitime pouvoir d'appréciation du juge.»⁶²⁶ Des Weiteren wurde kritisiert, dass eine durch ein Kontrollgericht entwickelte allgemeine Strafzumessungslehre nur durch eine Verallgemeinerung des Tatschuldprinzips entstehen könne. Ein solches, den Besonderen Teil des Strafgesetzbuchs umfassendes Prinzip, das Quervergleiche zulasse, gebe es jedoch nicht. Dem Gesetzgeber stehe es nämlich frei, verschiedenste Strafdrohungen generalpräventiv massiv zu verschärfen.⁶²⁷ Eine verschärfte Strafzumessungskontrolle, die im Zeichen der Gleichheit und Rechtssicherheit eingeführt werde, führe deshalb rasch zu empfindlicher Rechtsunsicherheit in den einzelnen Tatbeständen des Besonderen Teils.⁶²⁸ Auch schreckte das Bundesgericht selbst nicht davor zurück, hinsichtlich des

absoluten Zahlen oder Prozenten] wären [...] schon deshalb wenig sinnvoll, weil ja dem Richter bei der Bestimmung der sogenannten «Einsatzstrafe» als Ausgangspunkt der Berechnungen innerhalb des weiten gesetzlichen Strafraumens mangels allgemeingültiger «Tarife» ein grosser Spielraum des Ermessens zukommt, in den der auf Rechtskontrolle beschränkte Kassationshof nicht eingreifen kann [...]; vgl. auch QUELOZ, ZStrR 1998, 165 ff.

623 REHBERG⁷, 78; s. zur Einsatzstrafe auch P. ALBRECHT, AJP 1996, 370, sowie ARZT, recht 1994, Rz. 62 ff.

624 So WIPRÄCHTIGER zu den Ausführungen des Bundesgerichts in BGE 118 IV 14, E. 2 (ZStrR 1996, 426); für die aktuelle bundesgerichtliche Rechtsprechung zu den Einsatzstrafen s. hinten I.D.1.c.a3.ii.

625 WIPRÄCHTIGER, ZStrR 1996, 426.

626 PIQUEREZ, in: FS Rehberg, 260; vgl. auch BACHER/JENDLY, in: MH Queloz, 46 f.; vgl. zur Frage des Ermessens auch TATA (2020), 27 ff.

627 ARZT erwähnt etwa das Beispiel des Raubs, den der Gesetzgeber in Bezug auf die Strafandrohung höher eingestuft hätte, als es das Tatschuldprinzip «*grundsätzlich*» zulasse (recht 1994, Rz. 7); vgl. auch QUELOZ, ZStrR 1998, 165 ff.

628 ARZT, recht 1994, Rz. 7.

Masses der konkreten Strafreduktion teilweise Zahlen und Prozentsätze anzuwenden, etwa beim Grad der verminderten Schuldfähigkeit,⁶²⁹ bei gemilderter Schuld aufgrund des Einsatzes von V-Leuten⁶³⁰ oder bei kooperativem Verhalten des Täters im Strafverfahren.⁶³¹ Dies wurde in der Lehre als widersprüchlich kritisiert⁶³² und es wurde auch darauf hingewiesen, dass nicht unterschlagen werden dürfe, dass die Möglichkeit, die Strafzumessung detaillierter zu kontrollieren, vom Bundesgericht auch dazu genutzt werden könne, bestimmte kriminalpolitische Vorstellungen – etwa im Betäubungsmittelstrafrecht – durchzusetzen, die von den Vorinstanzen nicht geteilt würden.⁶³³ Schliesslich wurde vorgebracht, dass das Bundesgericht zwar in der Lage sei, die Diskrepanz in der Strafzumessung in vergleichbaren Fällen festzustellen, jedoch nach wie vor keine Antwort auf die Frage geben könne, welche Strafe nun die «richtige» sei.⁶³⁴

Entgegen der erwähnten Kritik lässt sich festhalten, dass die Praxisänderung des Bundesgerichts nichtsdestoweniger für ein Mindestmass an Transparenz, Kohärenz und Rechtssicherheit gesorgt hat.⁶³⁵ Hervorzuheben ist insb., dass die neue Rechtsprechung den kantonalen Gerichten die Wichtigkeit von strafzumessungsrechtlichen Überlegungen ins Gedächtnis gerufen hat. Wenn sie schon nur dafür gesorgt hat, dass die Gerichte mit grösserer Sorgfalt Strafzumessungserwägungen vornehmen, so kann die neue Praxis als Erfolg gewertet werden. Ferner hat die neue Rechtsprechung dazu geführt, dass der ein Rechtsmittel ergreifenden Partei – insb. hinsichtlich der beschuldigten Person – eine bessere Überprüfbarkeit der Rechtmässigkeit eines Strafurteils möglich ist; die Strafzumessung stellt für die betroffene Person wohl einen der wichtigsten Punkte des ganzen Urteils dar. Dem Kritikpunkt der Verallgemeinerung des Tatschuldprinzips kann sodann nicht gefolgt werden,

629 BGE 118 IV 1, E. 2; 129 IV 22, E. 6.2.

630 BGE 118 IV 115; E. 2 («*Nel ridurre le pene, rispettivamente di un quarto o di un quinto, la CCRPha ecceduto il proprio potere d'apprezzamento, poiché non ha tenuto conto dell'influenza solo modesta che il grado relativamente minore di colpevolezza dovuto al contributo degli agenti infiltrati poteva avere sulla misura delle pene da irrogare. Nella fattispecie poteva entrare nei limiti di un corretto potere d'apprezzamento solo una riduzione inferiore a un decimo*»).

631 BGE 121 IV 202, E. 2d/cc.

632 QUELOZ, ZStrR 1998, 169 f. («*Nous nous permettrons de dire qu'en l'occurrence, la Cour de cassation se prend singulièrement les pieds dans le tapis et que sa position est, pour le moins, discordante et contradictoire [...]*»); STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 93 f.

633 QUELOZ, ZStrR 1998, 172; STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 94.

634 SCHUBARTH, BJM 1992, 67.

635 QUELOZ, ZStrR 1998, 171 f.; STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 94; so auch KILLIAS, in: FS Gauthier, 40 ff.; LINIGER, SJ 1996, 579 ff., 592 f.

da – wie noch eingehend zu zeigen sein wird – das Verschulden im Sinne der Einzeltatschuld u.a. die Strafhöhe *begrenzt*.⁶³⁶ Eine massive Verschärfung der gesetzlichen Strafdrohungen aus generalpräventiven Gründen wäre daher bereits aus diesem Grund abzulehnen. Auch soll bei korrekter Anwendung der durch das Bundesgericht aufgestellten – und nun gesetzlich festgehaltenen – Strafzumessungsregelungen gerade durch die korrekte Ermittlung der jeweiligen Strafzumessungstatsachen und deren sinnvolle Abwägung gegeneinander die Individualisierung der Strafe gefördert und dadurch dem Prinzip der Einzeltatschuld vermehrt Rechnung getragen werden, da sich das Gericht nun eingehender mit der Tat und der Person des Täters sowie seinen sozialen Integrationsmöglichkeiten und Fähigkeiten auseinandersetzen muss. Damit handelt es sich zwar um eine gewisse «Technisierung» der Strafzumessung, jedoch nicht im Sinne einer *Mathematisierung*⁶³⁷ des Zumessungsvorgangs, der das gerichtliche Ermessen ausschliessen würde. Schliesslich ist auch darauf hinzuweisen, dass der Problematik der erschwerten Quervergleiche der unterschiedlichen Tatbestände im Besonderen Teil des Strafgesetzbuches durch die aktuelle Revision («Harmonisierung der Strafraumen») Rechnung getragen werden soll.⁶³⁸

Wie nachfolgend zu zeigen sein wird, hat die durch das Bundesgericht geforderte eingehendere Begründung des Strafmasses durch die Vorinstanzen einen prägenden Einfluss auf die im Rahmen der Revision des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuchs überarbeiteten Strafzumessungsbestimmungen gehabt. Inwiefern die Rechtsprechung genau Einzug in die Gesetzgebungsarbeiten gefunden hat, ist u.a. im folgenden Kapitel zu untersuchen.

7. Die Revision vom 13. Dezember 2002

a. Der Vorentwurf von 1993

Im Jahre 1983 wurde HANS SCHULTZ vom Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement beauftragt, die Allgemeinen Bestimmungen des Strafgesetzbuches und des Dritten Buches auf ihre Revisionsbedürftigkeit hin zu überprüfen.⁶³⁹ Obwohl nämlich das von CARL STOOSS ausgearbeitete Strafgesetz seiner Zeit voraus war und sich daher über einen langen Zeitraum bewährt hatte – es fand zum Sanktionenrecht nur eine Teilrevision von 1971 statt –,

636 Vgl. hinten I.D.2.a.a1.

637 Vgl. hinten I.D.2.c.

638 Vgl. hinten I.C.9.

639 Bericht 1993, 5; s. dazu auch BRÄGGER (2018), 25; StGB PK⁴-TRECHSEL/KELLER, Vor Art. 34 N1.

war der Allgemeine Teil seither keiner umfassenden Revision unterzogen worden.⁶⁴⁰ Leitlinie für die Grundausrichtung des zu revidierenden Gesetzes sollte – gestützt auf die v.a. in Deutschland, jedoch mit schweizerischer Beteiligung, geführte Diskussion in den 60er- und 70er-Jahren zum Alternativentwurf zur deutschen Strafrechtsreform⁶⁴¹ – eine vermehrt vorzunehmende (Re-)Integration des Täters in die Gesellschaft sein; nicht das Zufügen eines Strafübels, sondern die Resozialisierung der betroffenen Person war als Leitmotiv vorgesehen.⁶⁴²

Schon 1985 wurde ein Vorentwurf mit Erläuterungen von HANS SCHULTZ ausgearbeitet und 1987 von ihm vorgelegt.⁶⁴³ Hinsichtlich der gesetzlichen Regelungen zur Strafzumessung orientierte er sich an den Bestimmungen des österreichischen Strafgesetzbuchs.⁶⁴⁴ HANS SCHULTZ konstatierte jedoch, dass die bisher bestehende allgemeine Bestimmung über die Strafzumessung nicht grundlegend zu ändern, jedoch «zu verfeinern und durch die Anweisung, die für die Strafzumessung erheblichen Umstände im Urteil zu nennen, zu ergänzen» sei.⁶⁴⁵ Nach einer ersten Prüfung des Vorentwurfs durch eine Arbeitsgruppe des Bundesamts für Justiz beauftragte das EJPD am 16. Februar 1987 eine Expertenkommission damit, die geltenden Vorschriften des Allgemeinen Teils basierend auf dem Vorentwurf sowie dem Zusatzbericht der Arbeitsgruppe und unter Berücksichtigung von Praxis, Lehre und Rechtsvergleichung auf ihre Revisionsbedürftigkeit hin zu überprüfen.⁶⁴⁶ Die Kommission verabschiedete den überarbeiteten Vorentwurf am 19. November 1992.⁶⁴⁷

Dieser Vorentwurf führte die Bestimmungen zur Strafzumessung in Art. 49 ff. auf. Nach dem Grundsatz von Art. 49 Abs. 1 VE-StGB/1993 sollte die Strafe weiterhin nach dem Verschulden des Täters bemessen werden. Gestrichen wurde hingegen der zweite Satz von Art. 63 StGB/1937, wonach die Beweggründe, das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse des Schuldigen zu beachten waren.⁶⁴⁸ Diese Aufzählung ersetzte der folgende Satz: «[Der Richter]

640 Bericht VE-StGB/1987, 1; Botschaft, BBl 1999 II, 1983; s.a. BRÄGGER (2018), 25; RIKLIN, ZStrR 2014, 247.

641 Siehe AE-StGB/1966/D; vgl. dazu PIETH, ZStrR 2014, 265 f.; ROXIN, ZStW 1969, 639; STRATENWERTH (1972), 1 ff.

642 Botschaft, BBl 1999 II, 1983; JOSITSCH/POULIKAKOS, ZStrR 2017, 344 f. m.w.H.

643 Bericht VE-StGB/1987 bzw. VE-StGB/1987; s.a. KUNZ, ZStW 2019, 541; QUELOZ, AJP 2018, 143; StGB PK⁴-TRECHSEL/KELLER, Vor Art. 34 N 1.

644 § 32 ff. StGB/Ö, vgl. Bericht VE-StGB/1987, 121 f.

645 Bericht VE-StGB/1987, 123.

646 Bericht 1993, 5; Zusammenfassung Vernehmlassung 1995, 4; BRÄGGER (2018), 26.

647 Bericht 1993, 7.

648 Bericht 1993, 71 m.w.H.

berücksichtigt die Wirkung der Strafe auf das künftige Leben des Täters.» Damit sollten Gesichtspunkte der Resozialisierung des Täters Berücksichtigung finden. Insbesondere sei so zu prüfen, «ob die schuldangemessene Strafe eine Wiedereingliederung des Täters nicht geradezu vereitelt». ⁶⁴⁹

Neu waren überdies die Absätze 2 und 3 von Art. 49 dieses Vorentwurfs. Abs. 2 enthielt einen dem heutigen Art. 47 Abs. 2 StGB fast entsprechenden Wortlaut, der die verschiedenen Kriterien, nach welchen das Verschulden bemessen werden sollte, auflistete. Dieser Kriterienkatalog lehnte sich an die bestehende gerichtliche Praxis an, wonach das Verschulden nach dem Grad der Verletzung oder Gefährdung des angegriffenen Rechtsguts, der Verwerflichkeit des Angriffs, den mit der Tat verfolgten Zielen sowie danach zu bestimmen war, wie weit es dem Täter nach den inneren und äusseren Umständen zuzumuten war, sich rechtmässig zu verhalten. Je mehr kriminelle Energie der Täter aufgewendet habe, umso grösser sei sein Verschulden. Erschwerend wögen besondere «Hartnäckigkeit», «Hinterlist», «Rücksichtslosigkeit» und «Brutalität», während «schonendes» Vorgehen entlaste. Abzulehnen seien hingegen Tarife, die etwa ausschliesslich auf Menge und Art der infrage stehenden Betäubungsmittel oder die Höhe der Blutalkoholkonzentration abstellen würden. Dem Gericht sollte daher zwingend vorgeschrieben werden, subjektive Kriterien zu berücksichtigen. ⁶⁵⁰

Interessant war Abs. 3, wonach das Gericht eine geringere Strafe aussprechen konnte, wenn die der Schuld angemessene Strafe den Täter unverhältnismässig hart treffen würde. Damit sollte im Gesetz explizit festgehalten werden, dass eine Strafe aus Gründen der Resozialisierung auf ein Mass unterhalb der noch schuldangemessenen Strafe reduziert werden könne. ⁶⁵¹ Diese Möglichkeit sollte jedoch nicht dazu missbraucht werden, sozial angepasste Täter, wie etwa einen Wirtschaftskriminellen, zu privilegieren. ⁶⁵² Neben der Herabsetzung der Strafhöhe sei dies in erster Linie durch die Wahl einer weniger schweren Strafart möglich. ⁶⁵³

Der vorgeschlagene Art. 50 VE-StGB/1993 enthielt des Weiteren einen Katalog von Strafmilderungsgründen. Lit. a, b und c wurden hierbei aus Art. 64 StGB/1937 übernommen und nur im Wortlaut angepasst. Neu war der vorgeschlagene Milderungsgrund von lit. d, wonach ein Strafmilderungsgrund auch

649 Bericht 1993, 69.

650 Bericht 1993, 70.

651 Der Bericht zum Vorentwurf führt diesbezüglich das Beispiel eines am HI-Virus Erkrankten auf, den die schuldangemessene Strafe aufgrund seiner stark verkürzten Lebenserwartung übermässig hart treffen würde (Bericht 1993, 71).

652 Bericht 1993, 71.

653 Bericht 1993, 69.

dann zu bejahen sei, wenn der Täter wegen seiner Lebensgeschichte oder fremden Herkunft ausserordentliche Schwierigkeiten hätte überwinden müssen, um sich rechtmässig zu verhalten. Das Gericht solle dadurch die Möglichkeit erhalten, gravierende Sozialisationsdefizite, die auf das «soziale oder ethnische Milieu» des Täters zurückgehen, mildernd zu berücksichtigen.⁶⁵⁴ Die in lit. e, f und g genannten Milderungsgründe der aufrichtigen Reue sowie des Zeitablaufs wurden im Vergleich zur alten Regelung leicht angepasst. Die eigentliche Vornahme der Strafmilderung erfuhr eine neue Regelung in Art. 50a VE-StGB/1993. Im Gegensatz zum damals geltenden Recht mit seinen zwei Formen der Strafmilderung (die «einfache» gem. Art. 65 StGB/1937 und die «nach freiem Ermessen» gem. Art. 66 StGB/1937) sah die neue Bestimmung nur noch eine einzige Milderung «nach freiem Ermessen» vor. Begründet wurde dies damit, dass die neu vorgeschlagene Einheitsfreiheitsstrafe kaum mehr Orientierungspunkte für eine Stufenfolge wie in Art. 65 StGB/1937 vorsehe und dadurch eine «einfache» abgestufte Milderung nach festen Sätzen unpraktikabel sei. Überdies sollte durch eine Milderung nach freiem Ermessen die Problematik von möglicherweise unbefriedigenden Entscheiden in Fällen von gesetzlichen Mindeststrafen vermieden werden.⁶⁵⁵ Im Gegensatz zum freien Ermessen durch den Wegfall von Mindeststrafen sei die angeordnete Strafobergrenze im Falle der Milderung auf die Hälfte zu reduzieren. Neu sollte es in Form der Konkurrenz nur noch einen einzigen Strafschärfungsgrund geben.⁶⁵⁶ Dieser war in Art. 51 VE-StGB/1993 geregelt. Auf die Strafschärfung des Rückfalls wurde damit verzichtet. Es gehe nämlich nicht an, «Rückfälligkeit stets mit erhöhter Schuld gleichzusetzen».⁶⁵⁷ Eine Neuerung stellte auch die gerichtliche Begründungspflicht in Art. 52 VE-StGB/1993 dar. Gemäss der neu vorgeschlagenen Bestimmung sollte vom Gericht verlangt werden, zumindest die wesentlichen Gründe und ihre Gewichtung bekannt zu geben, die zur Höhe der festgesetzten Strafe geführt haben, um eine wirksamere Kontrolle der Strafzumessung im Rechtsmittelverfahren zu ermöglichen. Diese Vorgehensweise entsprach denn auch der neueren bundesgerichtlichen Praxis, goss diese gleichsam in Gesetzesform und verlieh ihr damit bewusst mehr Gewicht.⁶⁵⁸ Art. 53 VE-StGB/1993 regelte schliesslich noch die Anrechnung der Untersuchungshaft an die Strafe.

654 Als Beispiel werden im Bericht 1993, 72, tief verwurzelte Vorstellungen von Individual- oder Familienehre genannt.

655 Bericht 1993, 72 f.

656 Bericht 1993, 73.

657 Bericht 1993, 73.

658 Bericht 1993, 74 f.; vgl. dazu auch KIENER, ZStrR 2007, 355; NAY, ZStrR 1994, 178.

b. Das Vernehmlassungsverfahren – 1993/1994

Am 30. Juni 1993 ermächtigte der Bundesrat das EJPD, den Vorentwurf zur Revision des Strafgesetzbuches – neben einem Vorentwurf zu einem Bundesgesetz über die Jugendstrafrechtspflege – in die Vernehmlassung zu schicken, welche bis Mitte Juli 1994 andauerte.⁶⁵⁹ Die Bestimmungen zur Strafzumessung wurden dabei überwiegend begrüsst.⁶⁶⁰ Es wurden diesbezüglich aber auch inhaltliche Änderungen diskutiert. Teilweise tauchte der Vorwurf der zu grossen «Täterfreundlichkeit» des Vorentwurfs auf.⁶⁶¹ Ein Grossteil der Vernehmlassungsteilnehmer war des Weiteren der Ansicht, die alte Bestimmung von Art. 63 sei nicht gross zu verändern oder sogar ganz beizubehalten.⁶⁶² Bemängelt wurde u.a., dass in der neuen Normierung von Art. 49 Abs. 1 VE-StGB/1993 das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse nicht mehr erwähnt würden.⁶⁶³ So verlangte etwa die Freisinnig-Demokratische Partei der Schweiz die Streichung von Art. 49 Abs. 1 sowie Abs. 3 VE-StGB/1993, da «das klare Prinzip der Schuldstrafe [...] nicht durch solche Zusätze praktisch aufgehoben werden [sollte]». ⁶⁶⁴ Eine Streichung insb. von Abs. 3 wurde auch durch viele weitere Vernehmlassungsteilnehmer gefordert. Dabei wurde wiederholt das Argument vorgebracht, dass der Absatz überflüssig sei, da die Strafempfindlichkeit bereits bei der Frage der persönlichen Verhältnisse bzw. bei der Wirkung der Strafe auf das künftige Leben des Täters berücksichtigt werde.⁶⁶⁵ Letztere Komponente erfuhr zudem insofern Kritik, als durch

659 Zusammenfassung Vernehmlassung 1995, 4.

660 Zusammenfassung Vernehmlassung 1995, 13.

661 Vernehmlassung 1995, Bund Schweizerischer Frauenorganisationen, 511, Schweizerischer Handels- und Industrieverein, 512, Schweizerischer Anwaltsverband, 525.

662 Siehe etwa Vernehmlassung 1995, Äusserungen LPS Schweiz, 511 («*Das geltende Recht hat sich bei der Strafzumessung bestens bewährt [...]»*), Schweizerische Kriminalistische Gesellschaft, 512 («*Art. 49 Abs. 1 VE [...] weist gegenüber Art. 63 StGB nur Nachteile auf [...]»*), Generalprokurator des Kantons Bern, 514 («*Die Strafzumessung, wie sie gestützt auf das geltende Recht, praktiziert wird, bedarf keiner grundlegenden Änderung [...]»*), Kanton Zürich, 516, Kanton Aargau, 519, SVP Schweiz, 521, Bund Schweizerischer Frauenorganisationen, 523.

663 Vernehmlassung 1995, Äusserungen Kanton Basel-Stadt, 510, 518, Schweizerische Kriminalistische Gesellschaft, 512, SP Schweiz, 520 f., Caritas Schweiz, 526.

664 Vernehmlassung 1995, Äusserung FDP Schweiz, 520.

665 Vernehmlassung 1995, Äusserungen Schweizerische Kriminalistische Gesellschaft, 512, Kanton Zürich, 516, Kanton Luzern, 517 («*Ihr Anliegen ist in Art. 49 Abs. 1 bereits berücksichtigt [...]»*), Kanton Nidwalden, 517, Kanton Zug, 518 («*Im Lichte von Art. 49 Abs. 1 des Vorentwurfs ist Art. 49 Abs. 3 nicht notwendig [...]»*), CVP Schweiz, 520, SP Schweiz, 521, Institut suisse de police, 524, Schweizerischer Anwaltsverband, 525, für eine Streichung des Weiteren auch Kanton Basel-Landschaft, 518, SVP Schweiz, 521, Generalprokurator des Kantons Bern, 527; Zusammenfassung Vernehmlassung 1995, 13 m.w.H.

deren Berücksichtigung eine Ungleichbehandlung von unterschiedlichen Tätergruppen befürchtet wurde; so würde etwa der Chefarzt besser behandelt werden als ein Randständiger.⁶⁶⁶ Beanstandet wurde auch Art. 50a VE-StGB/1993, wonach im Falle der Strafmilderung die zwingende Verringerung der angedrohten Höchststrafe um die Hälfte vorgesehen war. Dies lehnten viele Vernehmlassungsteilnehmer als zu starre Lösung ab.⁶⁶⁷ Schliesslich sollte der Strafschärfungsgrund des Rückfalls beibehalten werden.⁶⁶⁸

c. Die Botschaft zur Änderung des Strafgesetzbuches vom 21. September 1998

Einige der im Vernehmlassungsverfahren vorgebrachten Änderungsvorschläge fanden schliesslich ihren Eingang in den Gesetzesentwurf, zu dem der Bundesrat am 21. September 1998 die Botschaft präsentierte.⁶⁶⁹ So wurde einerseits der als überflüssig kritisierte Art. 49 Abs. 3 VE-StGB/1993 gestrichen, andererseits die Berücksichtigung des Vorlebens und der persönlichen Verhältnisse wieder in Art. 49 Abs. 1 VE-StGB/1993 aufgenommen. Überdies fand auch die Regelung von Art. 50a VE-StGB/1993, dass im Falle einer Strafmilderung die Höchststrafe zwingend um die Hälfte zu verringern sei, keinen Eingang in den überarbeiteten Gesetzestext. Gleiches gilt für den im Vorentwurf enthaltene Milderungsgrund der fremden Herkunft, der im Vernehmlassungsverfahren grossen Widerspruch erfuhr.

Die Botschaft selbst hält fest, dass sich eine grundsätzliche Änderung der bisherigen Strafzumessungsbestimmungen gar nicht aufdränge und die bisherigen Regelungen nur zu «verfeinern» seien.⁶⁷⁰ Obwohl explizit der Schutz der Gesellschaft durch die Resozialisierung des Täters als Schwerpunkt der Revision genannt wird,⁶⁷¹ solle nach wie vor das Verschulden die Strafe begründen und nach oben begrenzen.⁶⁷² Zusätzlich werde das Gesetz aber im Lichte der Spezialprävention ausdrücklich verlangen, dass das Gericht auch die Wirkung der Strafe auf das künftige Leben des Täters berücksichtigen müsse. Das vom Verschulden begrenzte Strafmass brauche daher nicht ausgeschöpft zu werden, wenn eine mildere Strafe den Täter voraussichtlich von

666 Vernehmlassung 1995, Äusserung Université de Lausanne, 526 («*Il paraît probable que cette règle [...] aboutisse à une inégalité de traitement en fonction de la condition sociale [...]*»), Generalprokurator des Kantons Bern, 527.

667 Zusammenfassung Vernehmlassung 1995, 13.

668 Zusammenfassung Vernehmlassung 1995, 14.

669 Botschaft, BBl 1999 II, 1979 ff., 2310.

670 Botschaft, BBl 1999 II, 2060.

671 Botschaft, BBl 1999 II, 1984.

672 Botschaft, BBl 1999 II, 2060.

weiteren Straftaten abzuhalten vermöge.⁶⁷³ Unberücksichtigt blieb der Strafschärfungsgrund des Rückfalls. Weil das «Vorleben» als Strafzumessungskriterium wieder in die Grundlagenbestimmung aufgenommen worden sei, würde eine zusätzliche Berücksichtigung des Rückfalls u.U. eine doppelte Anrechnung nach sich ziehen. Der Rückfall solle daher ausnahmslos im Zusammenhang mit dem Verschulden berücksichtigt werden.⁶⁷⁴ Die im Vorentwurf in Art. 52 enthaltene gerichtliche Begründungspflicht blieb auch im bundesrätlichen Entwurf bestehen. Gleich wie im Bericht zum Vorentwurf äusserte sich auch die Botschaft dahingehend, dass durch die Bestimmung die Transparenz bei der Strafzumessung und dadurch die gerichtliche Kontrolle im Rechtsmittelverfahren erhöht werde.⁶⁷⁵

Ganz grundsätzlich hielt die Botschaft fest, dass die Resozialisierung des Täters vermehrt in den Vordergrund zu rücken und eine Liberalisierung des Sanktionenrechts anzustreben sei.⁶⁷⁶ Der Vergeltungscharakter des Strafrechts solle zugunsten eines spezialpräventiven Ansatzes an Gewicht verlieren, was insb. durch die nur ausnahmsweise Anordnung von kurzen Freiheitsstrafen und den vermehrten Gebrauch von Geldstrafen und gemeinnütziger Arbeit zu erreichen sei.⁶⁷⁷

d. Die Revision innerhalb der Revision

Am 13. Dezember 2002 verabschiedete das Parlament die Referendumsvorlage.⁶⁷⁸ Nachdem die Referendumsfrist ungenutzt abgelaufen war, sollte das revidierte Gesetz auf den 1. Januar 2007 in Kraft treten.⁶⁷⁹ Noch vor diesem Termin waren jedoch bereits erste Gesetzesänderungen geplant, da nachträgliche Korrekturen am neuen Massnahmenrecht als angebracht erachtet wurden.⁶⁸⁰ Neben der im Vergleich zum ersten Entwurf des Strafgesetzbuchs künftigen Möglichkeit, eine bedingte Strafe mit einer Übertretungsbusse zu verbinden (sog. «Schnittstellenproblematik»),⁶⁸¹ zielten die geplanten Änderungen insb. auf die Regelungen im Bereich der Verwahrung ab.⁶⁸² Einerseits

673 Botschaft, BBl 1999 II, 2060.

674 Botschaft, BBl 1999 II, 2060.

675 Botschaft, BBl 1999 II, 2062.

676 Botschaft, BBl 1999 II, 1983; vgl. auch JOSITSCH/POULIKAKOS, ZStrR 2017, 345.

677 Botschaft, BBl 1999 II, 1985.

678 BBl 2002, 8240 ff.; s. dazu auch ROTH, ZStrR 2003, 1 ff.

679 AS 2006, 3459 ff.

680 Medienmitteilung 2005; s.a. BRÄGGER (2018), 26.

681 Botschaft, BBl 2005, 4699 ff.; s.a. RIKLIN, ZStrR 2014, 248.

682 Vgl. Zusammenfassung 2005, 7 ff.

war nämlich diesbezüglich von Praktikern der Strafverfolgung, der Strafjustiz, des Straf- und Massnahmenvollzugs und von den kantonalen Justiz- und Polizeidirektoren Kritik geübt worden.⁶⁸³ Andererseits mussten aufgrund der Annahme der Volksinitiative «Lebenslange Verwahrung für nicht therapierbare, extrem gefährliche Sexual- und Gewaltstraftäter» am 8. Februar 2004 gewisse Bestimmungen des Allgemeinen Teils angepasst werden.⁶⁸⁴ So wurde durch den Vorsteher des EJPD Anfang Mai 2004 eine Arbeitsgruppe «Verwahrung» eingesetzt, die bis zum 15. Juli 2004 einen Bericht sowie einen Vorentwurf zu den anzupassenden Bestimmungen ausarbeitete.⁶⁸⁵ Im Anschluss daran lud das EJPD zur Vernehmlassung bis Ende Dezember 2004 ein.⁶⁸⁶ Am 29. Juni 2005 präsentierte der Bundesrat bereits den neuen Gesetzesentwurf⁶⁸⁷ samt Botschaft.⁶⁸⁸ Das Parlament verabschiedete schliesslich am 24. März 2006 die Referendumsvorlage «Korrekturen am Sanktions- und Strafregisterrecht».⁶⁸⁹ Nachdem die Referendumsfrist ungenutzt abgelaufen war, traten die nachträglichen Korrekturen im Sanktionenrecht gleichzeitig mit den anderen, ursprünglich revidierten Bestimmungen des Allgemeinen Teils am 1. Januar 2007 in Kraft.⁶⁹⁰

Mit dieser Neufassung des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches wurde ein rund zwei Jahrzehnte dauerndes Projekt abgeschlossen.⁶⁹¹ Wie besehen, erfuhren die Bestimmungen zur Strafzumessung im Vergleich zur alten Regelung diverse Anpassungen. Nun präzisiert Art. 47 StGB die allgemeinen Bestimmungen über die Strafzumessung.⁶⁹² Art. 47 Abs. 2 StGB lehnt sich dabei an die vom Bundesgericht seit dem Entscheid BGE 117 IV 112⁶⁹³ kontinuierlich weiterentwickelte Rechtsprechung der einzelnen Verschuldenselemente an.⁶⁹⁴ Die Botschaft hält diesbezüglich fest, dass Art. 47 StGB Anweisungen über die Zumessung der schuldangemessenen Strafe enthalte, die so konkret

683 Zu den einzelnen Änderungswünschen Botschaft, BBl 2005, 4693 f.; vgl. auch BRÄGGER (2018), 26; JOSITSCH/POULIKAKOS, ZStrR 2017, 347 f.

684 Bericht 2004, 4; Botschaft, BBl 2005, 4693; Medienmitteilung 2005; BRÄGGER (2018), 26; KUNZ, ZStW 2019, 541; JOSITSCH/POULIKAKOS, ZStrR 2017, 247 f.; s. zur Initiative Bundesratsbeschluss 2004; AS 2004, 2341.

685 Vgl. Bericht 2004.

686 Vgl. Zusammenfassung 2005, 7.

687 BBl 2005, 4727 ff.

688 Botschaft, BBl 2005, 4689 ff.

689 BBl 2006, 3557 ff.

690 AS 2006, 3459 ff., 3539 ff.

691 Siehe dazu STRATENWERTH/BOMMER AT II³, Einleitung N 4 f.

692 Vgl. dazu hinten I.D.2.

693 Siehe vorne I.C.6.

694 GREINER, in: Bänziger/Hubschmid/Sollberger, 129.

seien, dass deren Missachtung als bundesrechtswidrig gerügt werden könne. Künftig solle das Bundesgericht die Strafzumessung nicht nur daraufhin prüfen, ob das kantonale Gericht sein Ermessen überschritten oder missbraucht, sondern auch, ob es bei der Strafzumessung gewisse Leitplanken beachtet habe.⁶⁹⁵ Im heute geltenden Art. 50 StGB sind überdies die Grundsätze der neuen Rechtsprechung zur Begründungsanforderung der gerichtlichen Strafzumessungsüberlegungen weitgehend übernommen worden.⁶⁹⁶ Die Bestimmung verlangt nun einerseits, dass das Gericht aufzählt, welche Gesichtspunkte es bei der Festsetzung der Strafe berücksichtigt hat, andererseits hat es auch deren Gewichtung anzugeben.⁶⁹⁷

8. Die Revision des Sanktionenrechts vom 19. Juni 2015

Die bereits während der Arbeiten an der Revision des Allgemeinen Teils vorgebrachte Kritik am neuen Strafen- und Massnahmensystem verstummte aber auch nach Inkrafttreten der geänderten Bestimmungen nicht und führte dazu, dass der Bundesrat im Jahre 2009 eine erneute Überarbeitung des Sanktionenrechts an die Hand nahm.⁶⁹⁸

Dass schon wenige Jahre nach dem Inkrafttreten des revidierten Allgemeinen Teils am 1. Januar 2007 Forderungen nach einer erneuten Revision laut wurden, mag auf den ersten Blick erstaunen, lässt sich jedoch – neben sicherlich auch praktischen Überlegungen – mit der seit Beginn der Revision in den 80er-Jahren veränderten gesellschaftlichen Wahrnehmung des Strafrechts und der ihm zugeschriebenen Aufgabe erklären. War, wie erwähnt, zu Beginn des Revisionsprojekts im Geiste der 60er- und 70er-Jahre die Idee der Resozialisierung massgebender Antrieb, schlug ab Mitte der 90er-Jahre das Pendel vermehrt in Richtung einer stärkeren Punitivität.⁶⁹⁹ Diese «punitive Wende» wird etwa mit dem Mordfall «Zollikerberg» verbunden, bei dem der wegen

695 Botschaft, BBl 1999 II, 2060; GREINER, in: Bänziger/Hubschmid/Sollberger, 129.

696 KILLIAS et al.², Rz. 1223.

697 Dies bedeute gemäss dem Bundesgericht jedoch nicht, dass das Gericht genau anzugeben habe, um wie viele Jahre oder Monate es die Strafe aufgrund der im Entscheid berücksichtigten Umstände erhöht oder reduziert habe, BGer, Urteil 6B_177/2008 vom 25 April 2008, E. 9.1 («*le juge n'est nullement tenu d'exprimer en chiffres ou en pourcentages l'importance qu'il accorde à chacun des éléments qu'il cite*»).

698 BRÄGGER (2018), 26; JOSITSCH/VON ROTZ, AJP 2016, 496.

699 GSCHWEND/WEDER, ZStrR 2018, 8; JOSITSCH/POULIKAKOS, ZStrR 2017, 349; RIKLIN, in: FS Wiprächtiger, 29; s.a. OBERHOLZER, ZStrR 2018, 94 f.; PIETH², 144; DERS., ZStrR 2014, 269; dass Forderungen nach höheren Strafen aber nicht neu sind, sondern im Laufe der Geschichte immer wieder thematisiert wurden, belegt auch schon VON GOETHE (1832), 11, in seinem Werk Faust II: «*Ein Richter, der nicht strafen kann, gesellt sich endlich zum Verbrecher.*»

mehrfachen Mordes und mehrfacher Vergewaltigung verurteilte Täter während eines Hafturlaubs erneut eine 20-jährige Frau tötete. Die Tat löste in der Schweiz eine Grundsatzdiskussion über den Umgang mit Wiederholungstätern von Gewalt- und Sexualdelikten aus und gipfelte vorerst in der Annahme der bereits erwähnten Verwahrungsinitiative im Jahre 2004.⁷⁰⁰ Die Politik sowie die Medien propagierten in der Folge eine zunehmend härtere Gangart gegenüber Straftätern und beriefen sich dabei auf Forderungen der «Öffentlichkeit», die den resozialisierenden Ideen des Strafrechts weniger Verständnis entgegenbringen würde.⁷⁰¹ War einerseits das Parlament zwar noch mehrheitlich liberal besetzt, was der Revision zur Annahme verhalf, so stiess andererseits das neue Sanktionenrecht in der medialen Diskussion im Lichte des aufkommenden Schlagworts der «Kuscheljustiz» auf wenig Verständnis.⁷⁰² Zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des revidierten Allgemeinen Teils im Jahre 2007 hatte diese Stimmung auch das Parlament erreicht.⁷⁰³ Dies manifestierte sich etwa in der ausserordentlichen Session zur Verschärfung des Strafrechts und zur Kriminalität vom 3. Juni 2009 sowie in einer Vielzahl im Jahre 2009 eingereichter parlamentarischer Vorstösse.⁷⁰⁴

Die Kritik richtete sich dabei insb. gegen die Bestimmungen der Strafzumessung i.w.S., so etwa gegen die weitgehende Ablösung von kurzen Freiheitsstrafen durch Geldstrafen und gemeinnützige Arbeit.⁷⁰⁵ Zweifel wurden insb. an der präventiven Wirkung bedingter Geldstrafen sowie an der generellen Anzahl von ausgesprochen Geldstrafen *in toto* geäussert.⁷⁰⁶ So wurden im Jahre 2015 für 86 % aller Delikte (Verbrechen und Vergehen) Geldstrafen ausgesprochen, wobei für 83 % dieser Geldstrafen der bedingte Vollzug gewährt wurde.⁷⁰⁷

700 Siehe dazu GSCHWEND/WEDER, ZStrR 2018, 8; JOSITSCH/POULIKAKOS, ZStrR 2017, 349 Fn. 44; T. MAURER, ZStrR 1994, 388.

701 Vgl. dazu M. SEELMANN/WIPRÄCHTIGER, AJP 2018, 737 ff.

702 JOSITSCH/POULIKAKOS, ZStrR 2017, 349 f.; M. SEELMANN/WIPRÄCHTIGER, AJP 2018, 739.

703 JOSITSCH/POULIKAKOS, ZStrR 2017, 350.

704 AmtlBull NR 2009, 987 ff.; s. etwa Motion 09.3233 vom 19. März 2009 (Abschaffung der bedingten gemeinnützigen Arbeit); Motion 09.3300 vom 20. März 2009 (Wiedereinführung von Freiheitsstrafen unter sechs Monaten); Motion 09.3428 vom 30. April 2009 (Abschaffung des teilbedingten Strafvollzugs für Strafen von über zwei Jahren); Motion 09.3444 vom 30. April 2009 (Fehlende Wirkung bedingter Geldstrafen); Motion 09.3450 vom 30. April 2009 (Wiedereinführung kurzer Haftstrafen).

705 BRÄGGER (2018), 26; QUELOZ, AJP 2018, 143 ff.; s. dazu auch die parlamentarischen Beratungen in AmtlBull NR 2013, 1579 ff.

706 SOLLBERGER, ZStrR 2003, 257 («Im Gegensatz zur Freiheitsstrafe, die auch bei einer Straf- aussetzung die nötige Eindringlichkeit und Ernsthaftigkeit behält, wirkt eine bedingte Busse oder Geldstrafe eher lächerlich [...]»); s.a. Evaluation 2012, 10 f.; STRATENWERTH, ZStrR 2004, 162.

707 QUELOZ, AJP 2018, 143.

In der Folge wurde eine Vielzahl von parlamentarischen Vorstössen eingereicht, die eine Anpassung des Sanktionenrechts forderten.⁷⁰⁸ Daraufhin beauftragte der Bundesrat das EJPD mit der erneuten Revision der sanktionenrechtlichen Bestimmungen. Unter anderem sollten die kurzen Freiheitsstrafen wieder eingeführt werden, während die bedingten Geldstrafen zu streichen seien.⁷⁰⁹ Nach Vorlage des Vorentwurfs und des erläuternden Berichts wurde vom 30. Juni bis zum 30. Oktober 2010 ein Vernehmlassungsverfahren durchgeführt.⁷¹⁰ Am 4. April 2012 präsentierte der Bundesrat schliesslich die Botschaft samt Entwurf.⁷¹¹ Nachdem gegen die Vorlage vom 19. Juni 2015⁷¹² kein Referendum ergriffen worden war, wurde die Änderung des Sanktionenrechts auf den 1. Januar 2018 in Kraft gesetzt.⁷¹³

Da es sich bei den revidierten Bestimmungen nicht um solche der Strafzumessung i.e.S. handelt, soll auf einzelne Änderungen vorliegend nur kurz eingegangen werden:⁷¹⁴ Zum einen wurden teilbedingte Geldstrafen abgeschafft und die maximale Anzahl Tagessätze von 360 auf 180 verringert. Des Weiteren wurde ein Mindesttagessatz eingeführt (CHF 30, ausnahmsweise CHF 10) und die unbedingte Geldstrafe als Verbindungsstrafe abgeschafft.⁷¹⁵ Hingegen wurde die bedingte Geldstrafe beibehalten. Dies widerspricht dem ursprünglichen Vorhaben des Bundesrates, der eigentlich deren Streichung als eines der Hauptziele der Revision ausgegeben hatte. Dieses Abweichen vom ursprünglichen Vorhaben wird insofern noch akzentuiert, als durch Abschaffung der teilbedingten Geldstrafe Geldstrafen nun nur noch vollbedingt oder unbedingt ausgesprochen werden können. Der Verzicht auf die Abschaffung der bedingten Geldstrafe ist zum einen damit zu erklären, dass der Evaluationsbericht zur Wirksamkeit des 2007 revidierten Allgemeinen Teils vom 30. März 2012 – der *nota bene* erst *nach* der Erarbeitung des Vorentwurfs durch den Bundesrat vorlag – festhielt, dass verschiedene Stimmen aus der Lehre auf

708 Botschaft, BBl 2012, 4728 f.

709 Siehe dazu VE-StGB/2010 sowie Bericht VE-StGB/2010, 2 ff.; Ergebnisse KKJPD 2009, 7 ff.; vgl. auch BRÄGGER/ZANGGER (2020), Rz. 519; STRATENWERTH/BOMMER AT II³, Einleitung N 6.

710 Zusammenfassung Bericht und Vorentwurf 2011.

711 Botschaft, BBl 2012, 4721 ff.

712 Siehe für die Referendumsvorlage BBl 2015, 4899 ff.

713 AS 2016, 1249 ff.; im Gegensatz zum Vorentwurf von 1993 wurde bei dieser Revision keine Expertenkommission zu Rate gezogen (s. dazu RIKLIN, ZStrR 2014, 260); s.a. BRÄGGER/ZANGGER (2020), Rz. 520.

714 Für einen eingehenden Überblick s. etwa JOSITSCH/VON ROTZ, AJP 2016, 496 ff.; QUELOZ, AJP 2018, 142 ff.

715 BOMMER, ZStrR 2017, 365; m.w.H. JOSITSCH/VON ROTZ, AJP 2016, 496 ff.; KILLIAS, ZSR 2011 I, 627 ff.; RIKLIN, ZStrR 2014, 251 ff.

empirische Studien hinwiesen, die belegen würden, dass «verschiedene Sanktionen im Bereich der leichteren bis mittleren Kriminalität in ihrer Wirkung auf den Täter weitgehend austauschbar seien».⁷¹⁶ Zum anderen lehnten etliche Parlamentarier das Revisionsprojekt ganzheitlich ab, was dazu führte, dass es das ursprünglich vom Bundesrat geplante Revisionskonzept nur in abgemilderter Form durch das Parlament schaffte.⁷¹⁷

Zu bedauern ist neben der Abschaffung der teilbedingten Geldstrafe insb. die Reduktion der maximal möglichen Tagessätze, was beim Gericht zu einer grundlosen Ermessenseinschränkung führt. So ist denn fraglich, warum es in keinem der Fälle zwischen 181 bis 360 Tagessätzen (mehr) angemessen sein sollte, eine Geldstrafe auszusprechen. War das Gericht im Einzelfall davon überzeugt, dass eine Geldstrafe unangemessen wäre, konnte es auch bisher eine Freiheitsstrafe verhängen.⁷¹⁸

Bei den Freiheitsstrafen ist demgegenüber die bisherige Mindestdauer von sechs Monaten auf drei Tage reduziert worden (Art. 40 Abs. 1 StGB). Diese Herabsetzung der Mindestdauer sei gemäss der Botschaft angebracht, da kurze Freiheitsstrafen gewisse Täter eher vor wiederholter Tatbegehung abhielten als Geldstrafen. Auch würden sie in Kombination mit ambulanten Massnahmen bei Wiederholungstätern einen gewissen Druck erzeugen, die Massnahme erfolgreich durchzuführen, und zur Neuorientierung Anlass geben. Des Weiteren würden Geldstrafen bei Delikten im «sozialen Nahbereich» das «schmale Familienbudget» zusätzlich belasten und dazu führen, dass das Opfer dadurch selbst einen Teil der Strafe mitzutragen hätte. Schliesslich würden sich Opfer von Straftaten nicht ernst genommen fühlen, wenn im Falle der Verletzung von höchstpersönlichen Rechtsgütern der Täter nur mit einer Geldstrafe sanktioniert würde.⁷¹⁹ Im Gesetz findet sich nun der erste der in der Botschaft genannten Gründe in Art. 41 Abs. 1 lit. a StGB. Diese Bestimmung statuiert, dass das Gericht auf eine Freiheitsstrafe anstelle einer Geldstrafe erkennen kann, wenn Erstere geboten erscheint, um den Täter von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten. Diese Bestimmung ist dabei in mehrfacher Hinsicht problematisch. Einerseits widerspricht sie, wie besehen, der in der

716 Evaluation 2012, 12; vgl. auch BOMMER/STRATENWERTH, in: FS Wiprächtiger, 20; CONINX, recht 2016, 164; BSK StGB I⁴-DOLGE, Art. 34 N 23d; BSK StGB I⁴-MAZZUCHELLI, Art. 41 N 10; RIKLIN, in: FS Wiprächtiger, 30; auch die Botschaft von 1998 verwies bereits auf solche Studien (Botschaft, BBl 1999 II, 2041), etwa diejenige von HÜSLER/LOCHER (1991), 83 ff., 168 f.; vgl. dazu auch EISENBERG/KÖLBEL⁷, § 42 N 11; B.-D. MEIER⁵, 32; SINGELNSTEIN/KUNZ⁸, § 20 N 39, 49; STRATENWERTH, in: Aebersold et al., 244; zu dieser sog. Austauschbarkeitsthese s.a. vorne I.B.2.b.

717 JOSITSCH/VON ROTZ, AJP 2016, 497 m.w.H.

718 Dazu auch BOMMER, ZStrR 2017, 367; GETH⁷, Rz. 556.

719 Botschaft, BBl 2012, 4735 f.

kriminalpolitischen Literatur vertretenen Ansicht der Austauschbarkeit von Sanktionen hinsichtlich spezialpräventiver Gesichtspunkte sowie der grundsätzlichen Kritik, die sich gegen die Wirksamkeit derartiger Präventionsüberlegungen ausspricht.⁷²⁰ Auch wenn man nun annähme, dass die Austauschbarkeitsthese *im Einzelfall* zuliesse,⁷²¹ dass eine Freiheitsstrafe wirksamer sei als eine Geldstrafe, so liefert die Bestimmung keine Antwort auf die Frage, anhand welcher Indizien im konkreten Fall bestimmt werden kann, wann die Freiheitsstrafe einen zuverlässigeren Schutz vor wiederholter Tatbegehung bietet.⁷²² Schliesslich widerspricht sich der Bundesrat auch selbst, wenn er noch in der Botschaft von 1998 statuiert, kurze Freiheitsstrafen seien zu vermeiden, da im Zentrum der Strafe nicht die Übelszufügung, sondern der Gedanke der Resozialisierung stehe,⁷²³ ein Jahrzehnt später aber ausführt, dass kurze Freiheitsstrafen gewisse Täter besser vor weiterer Deliktsbegehung abhalten und die Vergeltungsbedürfnisse der Gesellschaft besser befriedigen würden.⁷²⁴ Aufgrund der dargelegten Untersuchungen kann der Argumentation des Bundesrats mithin nicht gefolgt werden, da in den meisten Fällen weder eine höhere Abschreckungswirkung, geschweige denn eine erfolgversprechendere Resozialisierung, durch solche Freiheitsstrafen erreicht werden kann, noch erwiesen ist, dass ein solches erhöhtes Vergeltungsbedürfnis in der Bevölkerung überhaupt besteht und eine Verhängung von Freiheitsstrafen zu einer Steigerung der präventiven Ansprechbarkeit im Sinne der positiven Generalprävention führt.

Nach dieser erneuten Revision des Sanktionenrechts stellt sich die – wohl rhetorische – Frage: Ist es der Praxis nun möglich, mit den revidierten Bestimmungen zu arbeiten, ohne dass innert relativ kurzer Zeit wieder der Ruf nach einer weiteren Anpassung des Sanktionenrechts ertönt?

720 SINGELNSTEIN/KUNZ⁸, § 20 N 39, 49; vgl. auch BOMMER, ZStrR 2017, 380; BOMMER/STRATENWERTH, in: FS Wiprächtiger, 20; BSK StGB I⁴-MAZZUCHELLI, Art. 41 N 10; RIKLIN, in: FS Wiprächtiger, 30; s.a. vorne I.B.2.

721 Siehe dazu BOMMER, ZSTRR 2018, 380; STRENG³, Rz. 332.

722 BOMMER, ZStrR 2017, 380 ff. m.w.H. («Der Gesetzgeber selber aber müsste wissen, welcher Art von Tätern die lit. a gelten sollte. Es sind zwei Gruppen, die er freilich nicht mit wissenschaftlicher Präzision, sondern «volkstümlich» umschrieben hat: die «Kriminaltouristen» und der «Geldadel» [...]).

723 Botschaft, BBl 1999 II, 2043 («[...] die generell fehlende resozialisierende Eignung kurzer Freiheitsstrafen [...]. Wenn nun der Staat die Möglichkeit hat, mit weniger einschneidenden, aber ebenso wirksamen Sanktionen einzugreifen, so verpflichtet ihn der Verhältnismässigkeitsgrundsatz, nur letztere anzuwenden. Gleichzeitig ist es in einem Rechtsstaat geboten, die nachteiligen Wirkungen einer Strafe so gering wie möglich zu halten. Diese Gebote führen unausweichlich dazu, mit der Freiheitsstrafe, insbesondere mit der kurzen, Zurückhaltung zu üben»).

724 Bericht VE-StGB/2010, 9 f.; vgl. dazu auch BOMMER/STRATENWERTH, in: FS Wiprächtiger, 16.

9. Aktuelle Revisionsbestrebungen – «Harmonisierung der Strafrahmen»

Die Hoffnung auf ein Absehen erneuter Änderungen in unmittelbarer Zukunft wurde aufgrund der neuesten politischen Vorstösse bereits wieder geschmälert. Der von der Politik und den Medien dargelegte Drang zu härteren Strafen hat sich, wie erörtert, seit Mitte der 1990er-Jahre stark akzentuiert. In der näheren Vergangenheit gab es so wiederholt (erfolgreiche) Versuche von Gesetzesanpassungen, die mit der Strafzumessung im Zusammenhang standen und zu einer härteren Gangart gegen Gewalt- und Sexualstraftäter führten. Zu denken ist dabei an verschiedene (Volks-)Initiativen, wie an diejenige der erwähnten lebenslangen Verwahrung von extrem gefährlichen Sexual- und Gewaltstraftätern (2004)⁷²⁵, an die Initiative «Unverjährbarkeit pornografischer Straftaten an Kindern» (2009)⁷²⁶ und an die Initiative «Pädophile sollen nicht mehr mit Kindern arbeiten dürfen» (2014)⁷²⁷ oder etwa auch an die parlamentarische Initiative «Streichung der Artikel 19 und 20 StGB».⁷²⁸

Die aktuellste Revisionsbestrebung betrifft die Vorlage des Bundesrats zur Änderung des Strafgesetzbuches «Harmonisierung der Strafrahmen».⁷²⁹ Deren Ursprung bildete u.a. das Postulat «Überprüfung der Gerichtspraxis bezüglich Ausschöpfung der Strafrahmen» vom 27. April 2009.⁷³⁰ Der Bundesrat wurde darin beauftragt, zu evaluieren, inwiefern die Strafgerichte die vom Gesetzgeber vorgesehenen Strafrahmen ausschöpfen.⁷³¹ Begründet wurde die Notwendigkeit der Abklärung damit, dass in der Öffentlichkeit der Vorwurf laut werde, «dass Gerichte insbesondere bei Gewalt- und Sexualstraftaten zu tiefe Strafen ausfällen würden[,] und dass deshalb die Strafrahmen nach oben zu erweitern seien». Gleichzeitig gäbe es Hinweise, «dass die Gerichte die bereits bestehenden Strafrahmen gar nicht ausschöpfen und bei einzelnen

725 Bundesratsbeschluss 2004, 2199.

726 Bundesratsbeschluss 2009, 605.

727 Bundesratsbeschluss 2014, 6349.

728 Parlamentarische Initiative 09.500 vom 9. Dezember 2010; obwohl damit das Schuldprinzip im Wesentlichen aufgegeben worden wäre, haben nur 102 der stimmenden Nationalräte dagegen und erschreckende 57 (!) dafür gestimmt; s. BERNARD, ZStrR 2017, 124, sowie OBERHOLZER, in: Riklin, 38 f. m.w.H. zu Volksinitiativen und politischen Vorstössen; vgl. auch FINK, in: FS Wiprächtiger, 697 ff.

729 Vgl. VE-StGB/2010 II, Bericht VE-StGB/2010 II sowie Zusammenfassung Bericht und Vorentwurf 2012.

730 Postulat 09.3366 vom 27. April 2009; vgl. auch Botschaft, BBl 2008, 793 ff.; JOSITSCH, Jusletter vom 11. Februar 2019, Rz. 3; NIGGLI/MAEDER, in: FS Wiprächtiger, 416; BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 22.

731 Vgl. JOSITSCH, Jusletter vom 11. Februar 2019, Rz. 3.

Delikten auch in schwerwiegenden Fällen das oberste Drittel, teilweise die oberste Hälfte des Strafrahmens gar nicht ausnützen».⁷³²

In der Folge erstellte der Bundesrat im September 2010 einen Vorentwurf samt erläuterndem Bericht.⁷³³ Darin verwies er darauf, dass «das zunehmende Verunsicherungsgefühl im öffentlichen Raum, welches bei weiten Teilen der Bevölkerung spürbar ist», berücksichtigt werden müsse.⁷³⁴ Des Weiteren würden «in der Öffentlichkeit und in der Politik [...] insbesondere die Strafrahmen bei den Delikten gegen Leib und Leben, den Sexualdelikten, der (Jugend-) Gewalt und den in Gruppen begangenen Delikten hinterfragt».⁷³⁵ Das Strafrecht sei mithin nur glaubwürdig, wenn es konsequent und rechtsgleich durchgesetzt werde. Die Vorlage habe zum Ziel, im Rahmen einer Gesamtbetrachtung die notwendigen Korrekturen vorzunehmen und damit einen Beitrag zur Stärkung des Strafrechts bzw. zur Prävention von Kriminalität zu leisten.⁷³⁶

Vonseiten der Lehre kam die Kritik auf, dass es sich entgegen dem «harmlos» klingenden Titel der Vorlage bei dem Entwurf um eine weitreichende Revision des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches handle.⁷³⁷ Neben der (teilweisen) Aufhebung einiger Tatbestände sollten so v.a. die Strafrahmen von verschiedenen Bestimmungen angepasst werden. Obschon bei einigen wenigen Tatbeständen etwa eine Senkung der Obergrenze der Freiheitsstrafe im Raum stehe, sei das Ziel der «Harmonisierung» insgesamt eine Verschärfung des Strafrechts.⁷³⁸ Dies geschehe u.a. durch die Einführung einer Mindeststrafe von sechs Monaten Freiheitsentzug bei zwölf Tatbeständen oder etwa der Erhöhung der Mindeststrafe von 30 Tagessätzen Geldstrafe auf 90 Tagessätze bei fünf Delikten. Allein 17 Tatbestände sollten von Vergehen zu Verbrechen hochgestuft werden. Bei weiteren 13 Bestimmungen werde überdies noch die Abänderung von Kann- zu Muss-Formulierungen gefordert.⁷³⁹

732 Postulat 09.3366 vom 27. April 2009.

733 VE-StGB/2010 II sowie Bericht VE-StGB/2010 II.

734 Bericht VE-StGB/2010 II, 2.

735 Bericht VE-StGB/2010 II, 8; Belege für diese Behauptungen werden jedoch nicht geliefert (vgl. zu dieser Thematik M. SEELMANN/WIPRÄCHTIGER, AJP 2018, 737 ff.).

736 Bericht VE-StGB/2010 II, 2.

737 M. SEELMANN/WIPRÄCHTIGER, AJP 2018, 743 ff.; s.a. NIGGLI/MAEDER, in: FS Wipräch-tiger, 415 ff.; WIPRÄCHTIGER, Anwaltsrevue 2014, 482 ff.; BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 22a; eingehend zur Gesetzesvorlage BOMMER, ZStrR 2019, 267 ff.

738 M. SEELMANN/WIPRÄCHTIGER, AJP 2018, 744; s.a. BOMMER, ZStrR 2019, 270; EGE, ContraLegem 2019/2, 39; OBERHOLZER, in: Riklin, 41; SIMMLER/WEDER, ZStrR 2019, 201; WIPRÄCHTIGER, Anwaltsrevue 2014, 482, 484; s.a. NIGGLI/MAEDER, in: FS Wipräch-tiger, 415 ff.; a.M. VON FELTEN, in: FG Straumann, 383.

739 VE-StGB/2010 II sowie Bericht VE-StGB/2010 II; OBERHOLZER, in: Riklin, 41; M. SEEL-MANN/WIPRÄCHTIGER, AJP 2018, 744; WIPRÄCHTIGER, Anwaltsrevue 2014, 482; für

Ferner wurde wiederholt darauf hingewiesen, dass die geplanten Anpassungen der Bestimmungen des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches zu einer Einschränkung des gerichtlichen Ermessens führen würden.⁷⁴⁰ Nichts anderes wird vom Bundesrat in seinem erläuternden Bericht denn auch offen mehrmals klar als Ziel der Revision der einzelnen Bestimmungen angegeben.⁷⁴¹ Als Begründung für diese Ermessenseinschränkung argumentiert er zunächst mit kriminalpolitischen Motiven.⁷⁴² Zwar führt der erläuternde Bericht etwa bei der schweren Körperverletzung selbst aus, dass durch die Medien «der Eindruck [aufkomme], die Zahl der fraglichen Delikte sei stärker angestiegen, als dies tatsächlich der Fall ist».⁷⁴³ Nichtsdestoweniger würden «Berichte über unbeteiligte Passanten, die unvermittelt brutal zusammengeschlagen werden, das Sicherheitsgefühl in der Bevölkerung [beeinträchtigen]», weshalb eine Erhöhung der Mindeststrafe von Art. 122 StGB (schwere Körperverletzung) angebracht sei.⁷⁴⁴ Der Bundesrat hält somit selbst fest, dass das verminderte Sicherheitsgefühl nicht etwa auf eine erhöhte Kriminalitätsrate zurückzuführen sei, sondern aufgrund der medialen Berichterstattung bei der Bevölkerung eine Verunsicherung ausgelöst werde. Anstatt jedoch hier Gegensteuer zu geben, wird der medialen und politischen Diskussion insofern nachgegeben, als der Bundesrat eine Verbesserung darin zu erkennen scheint, allgemeine Straferhöhungen einzuführen und dadurch das gerichtliche Ermessen auf der Ebene der Rechtsfolgenanordnung zu verringern.⁷⁴⁵

eine Übersicht s. NIGGLI/MAEDER, in: FS Wiprächtiger, 415 f.; krit. zu den Mindeststrafen SIMMLER/WEDER, ZStrR 2019, 199 ff.; s.a. BOMMER, *Contra Legem* 2019/2, 35 ff.

740 NIGGLI/MAEDER, in: FS Wiprächtiger, 416; OBERHOLZER, in: Riklin, 41; M. SEELMANN/WIPRÄCHTIGER, AJP 2018, 744.

741 Zu Art. 158 Ziff. 1 Abs. 3 (Ungetreue Geschäftsbesorgung) «Die heutige Regelung verleiht dem Gericht ein Tatbestands- und ein Rechtsfolgeermessen, und dieses weite Ermessen soll beschränkt werden. Dieses grosse Ermessen hat in der Praxis dazu geführt, dass nur kurze Freiheitsstrafen ausgesprochen wurden [...]» (Bericht VE-StGB/2010 II, 18); zu Art. 144 Abs. 3 (Sachbeschädigung) «Das Tatbestands- und Rechtsfolgeermessen führt in der Praxis dazu, dass mehrheitlich Freiheitsstrafen unter einem Jahr ausgesprochen wurden [...]» (Bericht VE-StGB/2010 II, 20); zu Art. 219 Abs. 2 (Verletzung der Fürsorge- oder Erziehungspflicht) «Durch diese Einschränkung des richterlichen Ermessens soll die Rechtssicherheit verbessert werden» (Bericht VE-StGB/2010 II, 29); zu Art. 266^{bis} Abs. 2 (Gegen die Sicherheit der Schweiz gerichtete ausländische Unternehmungen und Bestrebungen) «[...] fortan nicht mehr im richterlichen Ermessen liegen. Dadurch soll die Rechtssicherheit verbessert werden [...]» (Bericht VE-StGB/2010 II, 39).

742 Bericht VE-StGB/2010 II, 15 («Aus kriminalpolitischen Gründen wird deshalb eine Erhöhung der Mindeststrafe in Artikel 122 als angebracht erachtet [...]»); OBERHOLZER, in: Riklin, 41.

743 Bericht VE-StGB/2010 II, 15.

744 Bericht VE-StGB/2010 II, 15.

745 Verschiedene Studien haben aufgezeigt, dass entgegen der medialen Berichterstattung sowie der politischen Debatte die Bevölkerung in konkreten Fällen (mit Ausnahme des

Als zweite Begründung für die notwendige Einschränkung des gerichtlichen Ermessens wird angeführt, das geltende Recht führe zu Rechtsunsicherheit.⁷⁴⁶ Dies ist insofern höchst problematisch, als man das gerichtliche Ermessen an sich mit Rechtsunsicherheit gleichsetzt.⁷⁴⁷ Wollte man diese Argumentationschiene nun weiterfahren, müsste man konsequenterweise darauf abzielen, das gerichtliche Ermessen überhaupt abzuschaffen und nur noch an die äussere Qualifikation einer Tat anzuknüpfen.⁷⁴⁸ Eine Würdigung des konkreten Einzelfalls wäre somit nur eingeschränkt möglich und schwerlich mit dem Schuldprinzip zu vereinbaren.⁷⁴⁹

Im Dezember 2012 entschied der Bundesrat, die Gesetzesrevision vorerst zurückzustellen. Er wolle die Strafrahmen auf der Grundlage des neuen Sanktionensystems harmonisieren und die noch ausstehenden Beschlüsse des Parlaments zur vorgeschlagenen Änderung des Sanktionensystems mitberücksichtigen.⁷⁵⁰ Dieses neue Sanktionenrecht trat am 1. Januar 2018 in Kraft.⁷⁵¹ Mit Motion vom 7. April 2017 hat die Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates den Bundesrat beauftragt, dem Parlament bis Mitte 2018 eine Vor-

Falles einer Vergewaltigung) durchschnittlich *keine* härteren Strafen aussprechen würde, als es die Gerichte tun, s. KUHN, in: Heer, 267 ff.; DERS., in: Kuhn/Schwarzenegger/Vuille, 47 ff.; KUHN/VUILLE (2010), 93 ff.; eine in der Bevölkerung steigende Punitivität hingegen bejahend LAGLER (2016), 175; vgl. auch SIMMLER et al., SZK 2/2017, 5 ff.; M. SEELMANN/WIPRÄCHTIGER, AJP 2018, 738 Fn. 38 m.w.H.; SIMMLER/WEDER, ZStrR 2019, 218 f., weisen darauf hin, dass es nicht zwingend zu einer Verringerung des gerichtlichen Ermessens kommen würde, sondern sich dieses vielmehr von der Ebene der Rechtsfolgenanordnung auf die Ebene der Tatbestandsmässigkeit vorverschieben würde, was bedeute, dass gewisse Tatbestände von den Gerichten enger ausgelegt würden.

746 Bericht VE-StGB/2010 II, 29 («Durch diese Einschränkung des richterlichen Ermessens soll die Rechtssicherheit verbessert werden [...]»); Bericht VE-StGB/2010 II, 39 («[...]fortan nicht mehr im richterlichen Ermessen liegen. Dadurch soll die Rechtssicherheit verbessert werden [...]»); OBERHOLZER, in: Riklin, 41.

747 M. SEELMANN/WIPRÄCHTIGER, AJP 2018, 745; vgl. auch NIGGLI/MAEDER, in: FS Wiprächtiger, 422; WIPRÄCHTIGER, Anwaltsrevue 2014, 484; s. etwa Motion 10.3614 vom 18. Juni 2010 (Rechtssicherheit in Bezug auf Pyro-Schmuggler schaffen) von NR Kurt Fluri, der eine Rechtsunsicherheit darin sieht, dass in einem Fall von «Schmuggel pyrometrischer Gegenstände» in ein Fussballstadion das Sprengstoffgesetz durch das Gericht *anders* ausgelegt wurde als durch die Staatsanwaltschaft (!).

748 M. SEELMANN/WIPRÄCHTIGER, AJP 2018, 745; s.a. NIGGLI/MAEDER, in: FS Wiprächtiger, 422; OBERHOLZER, in: Riklin, 41; WIPRÄCHTIGER, Anwaltsrevue 2014, 484.

749 M. SEELMANN/WIPRÄCHTIGER, AJP 2018, 745; vgl. auch NIGGLI/MAEDER, in: FS Wiprächtiger, 422; OBERHOLZER, in: Riklin, 41; s. zum Schuldprinzip eingehend hinten I.D.2.a.a1.

750 Medienmitteilung 2012; vgl. auch JOSITSCH/CONTE, AJP 2017, 372; JOSITSCH/LÖTSCHER, Jusletter vom 28. Februar 2022, Rz. 9; OBERHOLZER, in: Riklin, 41; M. SEELMANN/WIPRÄCHTIGER, AJP 2018, 745; WIPRÄCHTIGER, Anwaltsrevue 2014, 481.

751 Medienmitteilung 2016; AS 2016, 1249 ff.; s. vorne I.C.8.

lage zur «Harmonisierung der Strafraumen» vorzulegen. Auf Empfehlung des Bundesrates zur Annahme der Motion stimmte der Nationalrat am 31. Mai 2017 dem Geschäft zu.⁷⁵²

Am 25. April 2018 wurden vom Bundesrat schliesslich ein Entwurf zu einem Bundesgesetz über die Harmonisierung der Strafraumen sowie die dazugehörige Botschaft präsentiert.⁷⁵³ Im Vergleich zum Vorentwurf wurde einerseits auf die Überarbeitung verschiedener Strafbestimmungen verzichtet. Erwähnenswert ist u.a., dass der Strafraumen der fahrlässigen Tötung nach Art. 117 StGB nun doch nicht von drei auf fünf Jahre Freiheitsstrafe erhöht werden soll. Grund dafür ist insb., dass die Vorlage in der Vernehmlassung auf grundlegende Kritik stiess. Durch die Erhöhung der Maximalstrafe wären die Strafdrohungen der fahrlässigen und der vorsätzlichen Tötung fließend ineinander übergegangen. In der Vernehmlassung wurde daher richtigerweise vorgebracht, dass es hinsichtlich des bei der Strafzumessung geltenden Schuldprinzips sachfremd erscheine, das Fahrlässigkeits- dem Vorsatzdelikt gleichzustellen, obwohl Ersteres unter dem Gesichtspunkt der Schuld deutlich weniger schwer wiege als Letzteres.⁷⁵⁴ Gleiches gelte für die fahrlässige Körperverletzung nach Art. 125 StGB. Auch hier entschied sich der Bundesrat gegen eine Erhöhung der Maximalstrafe auf fünf Jahre Freiheitsstrafe. Andererseits wurden wesentliche Änderungen beibehalten bzw. gewisse Bestimmungen erneut angepasst. Zu erwähnen sind dabei insb. die folgenden Punkte:⁷⁵⁵ Die Mindeststrafe für gewerbmässig begangene Vermögensdelikte soll vereinheitlicht werden, und zwar auf sechs Monate Freiheitsstrafe.⁷⁵⁶ Des Weiteren soll die Mindeststrafe bei der schweren Körperverletzung von sechs Monaten auf ein Jahr Freiheitsstrafe sowie bei der Vergewaltigung von einem Jahr auf zwei Jahre Freiheitsstrafe angehoben werden. Bei sexuellen Handlungen mit Kindern unter zwölf Jahren wird eine Mindeststrafe von einem Jahr Freiheitsstrafe eingeführt.⁷⁵⁷ Auch soll auf die Androhung einer Geldstrafe als Sanktion bei den Sexualdelikten – mit Ausnahme der Porno-

752 Motion 17.3265 vom 7. April 2017 (Harmonisierung der Strafraumen); s.a. FONTANA, NZZ vom 26. Mai 2017, 13; DIES., NZZ vom 27. Mai 2017, 13.

753 E-StGB/2018 bzw. Botschaft, BBl 2018, 2827 ff.; s.a. Medienmitteilung 2018; vgl. auch JOSITSCH, Jusletter vom 11. Februar 2019, Rz. 4.

754 Vgl. dazu etwa die Vernehmlassung von M.A. Niggli / Stefan Maeder / Nadine Hagenstein in den «weiteren Stellungnahmen» des Vernehmlassungsverfahrens, 111 f.; Botschaft, BBl 2018, 2848; M. SEELMANN / WIPRÄCHTIGER, AJP 2018, 745.

755 Vgl. dazu Botschaft, BBl 2018, 2830; zu den einzelnen Tatbeständen s. BOMMER, ZStrR 2019, 276 ff.

756 Vgl. JOSITSCH/LÖTSCHER, Jusletter vom 28. Februar 2022, Rz. 17.

757 Für leichtere Fälle wird im Gegenzug ein tieferer Strafraumen vorgesehen.

grafie und des Exhibitionismus – verzichtet werden.⁷⁵⁸ Schliesslich sieht der Entwurf bei Gewalt und Drohung gegen Behörden und Beamte für Gruppen von Randalierern, die Gewalt an Personen und Sachen verüben, eine Erhöhung der Mindeststrafe von 30 auf 120 Tagessätze Geldstrafe vor.

Wie schon der Vorentwurf begründet auch der Entwurf die Anhebung der Mindeststrafe bei der schweren Körperverletzung auf ein Jahr Freiheitsstrafe u. a. mit der Beeinträchtigung des Sicherheitsgefühls in der Bevölkerung.⁷⁵⁹ Es ist jedoch weiterhin nicht ersichtlich, wie diese angebliche Verunsicherung festgestellt worden sein soll. Ein empirischer Beleg dazu wird nach wie vor nicht aufgeführt.⁷⁶⁰ Die Streichung der Geldstrafe als mögliche Strafart bei vielen Sexualdelikten wird des Weiteren mit «kriminalpolitischen und generalpräventiven Gründen» motiviert.⁷⁶¹ Um was für Gründe es sich dabei handelt, wird nicht weiter ausgeführt. Sollte es sich dabei um generalpräventive Überlegungen der Abschreckung (negative Generalprävention) handeln, so wurde aufgezeigt, dass eine solche Wirkung bislang in den meisten Fällen empirisch nicht belegt werden konnte. Geht es hingegen um die positive generalpräventive Wirkung der Normbestätigung, konnte dargelegt werden, dass normalerweise bereits eine Strafe am unteren Rand der möglichen Schwere-skala (bzw. durch eine weniger eingriffsintensive Strafart) die Normgeltung in der Bevölkerung aufrechtzuerhalten vermag.⁷⁶² Die Botschaft hat sich jedoch nicht weitergehend mit dieser Thematik auseinandergesetzt.

Wohl auch aufgrund der der Vorlage entgegengebrachten Kritik sowohl im Vernehmlassungsverfahren als auch in der Lehre⁷⁶³ wurde entschieden, den Gesetzgebungsvorschlag nochmals anzupassen. Die Rechtskommission des Ständerats nahm entsprechend im Januar 2019 die Arbeit zur erneuten Anpassung des Projekts auf und bildete sogleich eine Subkommission aus drei Juristen der kleinen Kammer.⁷⁶⁴ Die Subkommission führte eine Vorberatung der Vorlage durch und schickte diese daraufhin wieder in die Kommission für Rechtsfragen des Ständerates zurück. Dort wurde der Entschluss gefasst,

758 Krit. hierzu zu Recht EGE, *Contra Legem* 2019/2, 40 ff.

759 Der Entwurf spricht auch weiterhin davon, dass durch die mediale Berichterstattung der Eindruck aufkomme, die Zahl der fraglichen Delikte sei stärker angestiegen, als es tatsächlich der Fall ist (Botschaft 2018, 32).

760 Vgl. M. SEELMANN/WIPRÄCHTIGER, *AJP* 2018, 745 f.

761 Botschaft, *BBl* 2018, 2869.

762 Vgl. vorne I.B.2.c.

763 NIGGLI/MAEDER, in: *FS Wiprächtiger*, 415 ff.; M. SEELMANN/WIPRÄCHTIGER, *AJP* 2018, 743 ff.; DIES., *NZZ* vom 9. Juni 2018, 12; OBERHOLZER, in: *Riklin*, 39 ff.; BSK *StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER*, Art. 47 N 22a ff.

764 GERNY, *NZZ* vom 19. Januar 2019, 13; JOSITSCH, *Jusletter* vom 11. Februar 2019, Rz. 4.

einerseits einen Teil der ursprünglichen Vorlage weiterzubehandeln, andererseits jedoch einen zweiten Teil, insb. das Sexualstrafrecht – dem in der Zwischenzeit vermehrt die öffentliche Aufmerksamkeit zuteilwurde – betreffend, auszugliedern und dem Bundesrat erneut zur Überarbeitung anzuvertrauen.⁷⁶⁵ Am 9. Juni 2020 beriet sodann der Ständerat als Erstrat über die Vorlage zum ersten Teil und nahm den Gesetzesentwurf in der Schlussabstimmung an.⁷⁶⁶ Im Rahmen der Beratung wurden gewisse Strafdrohungen sogar noch verschärft. So wurde etwa in Art. 285 StGB (Gewalt und Drohung gegen Behörden und Beamte) der Minderheitsantrag angenommen, wonach nach Ziff. 1 und Ziff. 2 Abs. 1 nur noch in leichten Fällen eine Geldstrafe ausgesprochen werden könnte; gem. Ziff. 2 Abs. 2 (Gewalt an Personen oder Sachen bei Zusammenrottung) wäre nur noch eine Freiheitsstrafe möglich.⁷⁶⁷ Der Nationalrat beriet als Zweirat daraufhin am 2. Juni 2021 über die Gesetzesvorlage und nahm den Gesetzesentwurf ebenfalls an.⁷⁶⁸ Im Gegensatz zum Ständerat wurde bei Art. 285 StGB jedoch bei Ziff. 1 und Ziff. 2 Abs. 1 die ursprüngliche Bestimmung beibehalten bzw. der Entwurf des Bundesrats angenommen, während Ziff. 2 Abs. 2 zwar über den Vorschlag des Bundesrats hinausgehen sollte, jedoch die Verschärfung weniger weit ging als vom Ständerat beschlossen. Demnach sollten im Falle von Gewalt an Personen nur noch Freiheitsstrafen ausgesprochen werden können (von drei Monaten bis zu drei Jahren), während bei Gewalt an Sachen weiterhin Freiheitsstrafen oder Geldstrafen (nicht unter 90 Tagessätzen – gegenüber mindestens 120 Tagessätzen im bundesrätlichen Entwurf) als Bestrafung möglich sein sollen.⁷⁶⁹

Aufgrund der Differenzen zwischen den Räten ging der Gesetzesentwurf noch mehrmals zwischen dem National- und dem Ständerat hin und zurück,⁷⁷⁰ bis am 17. Dezember 2021 schliesslich in beiden Räten die Schlussabstimmungen stattfanden.⁷⁷¹ Neben der u.a. nun erhöhten Mindeststrafe von einem Jahr Freiheitsstrafe für schwere Körperverletzung und der nun eingeführten (einheitlichen) Untergrenzen von sechs Monaten Freiheitsstrafe

765 Vgl. AmtlBull SR 2020, 421 ff.; hinsichtlich des zweiten Teils wurde durch die Kommission eine Vernehmlassung eröffnet (Dauer des Vernehmlassungsverfahrens bis zum 10. Mai 2021), vgl. Medienmitteilung 2021; Stellungnahme BR, BBl 2022, 1011; Bericht SR, BBl 2022, 687; vgl. auch HADORN, forumpoenale 2021, 419; JOSITSCH/LÖTSCHER, Jusletter vom 28. Februar 2022, Rz. 10.

766 AmtlBull SR 2020, 420 ff., 446.

767 AmtlBull SR 2020, 436 ff.

768 AmtlBull NR 2021, 968 ff., 1014 f.; vgl. auch HADORN, forumpoenale 2021, 419.

769 AmtlBull NR 2021, 1010 ff., 2161 ff., 2532 ff., 2587 ff.; s.a. JOSITSCH/LÖTSCHER, Jusletter vom 28. Februar 2022, Rz. 16.

770 AmtlBull SR 2021, 812 ff., 1286 ff., 1373 ff.; vgl. auch HADORN, forumpoenale 2021, 419.

771 Medienmitteilung 2021 II.

und der Abschaffung der alternativen Geldstrafe bei den gewerbmässigen Qualifizierungen des Diebstahls, Betrugs, betrügerischen Missbrauchs einer Datenverarbeitungsanlage, Check- und Kreditkartenmissbrauchs sowie der Hehlerei wird bei Art. 285 StGB die alternative Geldstrafe nunmehr nur noch in leichten Fällen möglich sein. Dies gilt auch für die qualifizierte Tatbegehung in einem zusammengerotteten Haufen, sofern die Teilnahme lediglich passiv erfolgt (Art. 285 Ziff. 1 und 2 jeweils Abs. 1 letzter Satz StGB). Die Strafandrohung wird zudem drei Monate bis drei Jahre Freiheitsstrafe betragen, wenn der Täter an einer solchen Zusammenrottung aktiv Gewalttätigkeiten an Personen verübt. Die alternative Geldstrafe ist für einen solchen Fall nicht mehr vorgesehen (Art. 285 Ziff. 2 Abs. 2 StGB). Bei entsprechender Gewalt an Sachen wird für die Freiheitsstrafe dieselbe Strafandrohung gelten, allerdings bleibt hier die alternative Geldstrafe möglich, wird aber (von bislang mindestens 30) auf mindestens 90 Tagessätze erhöht (Art. 285 Ziff. 2 Abs. 3 StGB), um in der Verschuldenshöhe mit der Mindestfreiheitsstrafe von drei Monaten übereinzustimmen.⁷⁷² Die Referendumsfrist für das Bundesgesetz über die Harmonisierung der Strafraumen ist am 7. April 2022 unbenutzt abgelaufen.⁷⁷³

Zusammenfassend hat sich seit der Einreichung des ursprünglichen Postulats und im Laufe der Ausarbeitung des Gesetzesentwurfs durch den Bundesrat wiederholt gezeigt, dass es kein einfaches Unterfangen ist, die einzelnen Strafraumen untereinander in ein befriedigendes Gleichgewicht zu bringen, existieren doch unterschiedlichste Vorstellungen darüber, welches Delikt wie stark bestraft werden sollte. Entsprechend wurde in den Räten nicht nur rein juristisch, sondern insb. politisch argumentiert. Zwar mag es durchaus zweckmässig und wünschenswert sein, die Strafraumen unterschiedlichster Delikte besser aufeinander abzustimmen, jedoch wurden aufgrund der medialen und politischen Diskussion («Sicherheitsgefühl in der Bevölkerung» usw.) diverse Anpassungen nicht gestützt auf – durchaus vorhandene – empirische wissenschaftliche Erkenntnisse vorgenommen. Insgesamt hat so die Harmonisierungsnovelle – wenn auch gegenüber dem ursprünglichen Vorhaben in abgeschwächter Form – zu einer Anhebung bzw. Verschärfung diverser Strafraumen geführt. Es bleibt abzuwarten, ob dieser «Kompromiss» nun für absehbare Zeit die Initianten der Änderung zufriedenstellen

772 Vgl. für eine Übersicht JOSITSCH/LÖTSCHER, Jusletter vom 28. Februar 2022, Rz. 11 ff.; für sämtliche abgeänderten Bestimmungen gemäss Schlussabstimmung s. Bundesgesetz über die Harmonisierung der Strafraumen vom 17. Dezember 2021, BBl 2021, 2997 ff.; für die Änderungen im Sexualstrafrecht s. Stellungnahme BR, BBl 2022, 1011; Bericht SR, BBl 2022, 687; AmtlBull SR 2022, 387 ff.

773 Bundesgesetz über die Harmonisierung der Strafraumen vom 17. Dezember 2021, BBl 2021, 2997.

wird, ist doch zumindest fraglich, ob mit dem fertigen Gesetz das zu Beginn angestrebte Ziel der «Harmonisierung» erreicht werden konnte. Schlussendlich wird es die schwer zu lösende Aufgabe der Judikative sein, mit den veränderten Rahmenbedingungen im Einzelfall eine schuldangemessene Strafe auszusprechen, wobei es bei dieser sowie auch bei jeder zukünftigen Revision zu bedenken gilt, dass insb. die Einführung oder Erhöhung von Mindeststrafen das gerichtliche Ermessen einschränkt.⁷⁷⁴

10. Zwischenfazit

Der historische Überblick hat aufgezeigt, dass die im frühen Strafrecht absolut bestimmten Strafmasse erst im Laufe der geschichtlichen Entwicklung einer gerichtlichen Zumessung der Strafe gewichen sind.⁷⁷⁵ Diese Entwicklung verlief jedoch auch nicht linear, sondern pendelte im Laufe der Zeit von einem zum anderen Pol. Eine solche Wandlung durchlebte das Strafzumessungsrecht etwa in der Zeit der Aufklärung, als zu deren Beginn – und beeinflusst durch die Naturrechtslehre – eine freie und souveräne Stellung des Gerichts gefordert, die daraus resultierende ermessensweise Strafzumessung in einem späteren Verlauf aber als willkürlich empfunden wurde. Entsprechend kam es dadurch wieder zur Einführung einer grossen Zahl an absoluten Strafordrohungen. Diskussionen zum Grad der Individualisierung der Strafzumessung zeigen sich exemplarisch auch in der Entstehungs- und Entwicklungsgeschichte des Schweizerischen Strafgesetzbuchs. Enthielt das peinliche Gesetzbuch der Helvetischen Republik lediglich absolute Strafordrohungen, so liessen viele der darauffolgenden kantonalen Strafgesetzbücher dem Gericht bei der Zumessung bereits ein gewisses Ermessen zukommen. Diese zunehmende Individualisierung der Strafzumessung fand ihren Fortgang in den Vorentwürfen zum Schweizerischen Strafgesetzbuch, das schliesslich im Jahre 1942 in Kraft trat. Die Entwicklung hielt jedoch auch weiterhin an, wobei insb. die Vereinfachung und Flexibilisierung der anfangs noch starren Abstufungen bei der Strafmilderung von diesem Wandel zeugen. Dies hat sich insb. im Rahmen der letzten Revision des Allgemeinen Teils von 2002 deutlich gezeigt, wonach nun im Falle der Strafmilderung in allen Fällen eine Milderung nach freiem Ermessen ohne Bindung an Mindeststrafen vorgenommen werden kann.

774 Dies beschäftigte die Politik nicht zuletzt auch beim sog. Rasertatbestand von Art. 90 Abs. 3 und 4 SVG, wonach die Mindestfreiheitsstrafe von einem Jahr unter bestimmten Bedingungen wieder aufgehoben werden sollte, vgl. etwa AmtlBull SR 2022, 283 ff. Schliesslich wurde die Mindestfreiheitsstrafe jedoch – mit nun gesetzlich vorgesehenen Ausnahmen – beibehalten, vgl. AmtlBull NR 2022, 1383 f.; AmtlBull SR 2022, 1059 ff.

775 PFENNINGER, SJZ 1934, 209; VON LISZT/SCHMIDT²⁶, 418.

Auch die mit der Strafe verfolgten Strafzwecke veränderten sich im Laufe der Geschichte bzw. erfuhren immer wieder eine andere Gewichtung. Wurden in der Antike bereits präventive Zwecke mit der Strafe verfolgt, galt im Spätmittelalter das Talionsprinzip, wonach eine Rechtsgutverletzung im Sinne eines Selbstzwecks vergolten werden sollte. Mit der Rezeption des römischen Rechts nördlich der Alpen kam es sodann zum Erlass verschiedener Strafgesetze. Als eines der bekanntesten Gesetzbücher dieser Zeit verfolgte die *Constitutio Criminalis Carolina* neben dem Strafzweck der Vergeltung auch generalpräventive Ziele. Nach einer Rückbesinnung auf absolute Straftheorien – insb. vertreten durch KANT und HEGEL – wichen die Philosophen und Rechtsgelehrten im Lichte der Aufklärung zunehmend vom Gedanken der Vergeltung und Entsühnung ab und folgerten gestützt auf das säkularisierte Rechtsdenken, dass die Aufgabe des Strafrechts in der Verhinderung künftiger Delikte bestehe.

Diese auch heute noch bestehende Mäandrierung der Strafzweckdiskussion spiegelt sich ebenfalls in der neueren Entwicklungsgeschichte des Schweizerischen Strafgesetzbuchs wider. Liess sich die Revision des Allgemeine Teils von 2002 noch von den Impulsen aus den 60er- und 70er-Jahren des 20. Jahrhunderts leiten, die eine Abwendung von der reinen Vergeltung und eine Zuwendung hin zur Resozialisierung des Täters forderten, schlug ab Mitte der 90er-Jahre das Pendel vermehrt in Richtung einer stärkeren Punitivität um, was sich auch in der aktuellen Diskussion der «Kuscheljustiz» und der «Harmonisierung der Strafraumen» zeigt. Bis heute bleibt umstritten, was mit einer Strafe eigentlich erreicht werden soll bzw. was mit ihr überhaupt erreicht werden kann.

D. Die Strafzumessung nach geltendem Recht – die gerichtliche Vorgehensweise

Nachfolgend und gestützt auf die Ausführungen zu den Strafzwecken sowie den geschichtlichen Einführungsteil gilt es, sich eingehend der Strafzumessung gemäss den heute geltenden Bestimmungen im Schweizerischen Strafgesetzbuch zu widmen. Dabei soll sich der Aufbau dieses Abschnitts nach der hier vertretenen Vorgehensweise richten, gemäss der das Gericht systematisch korrekt die Zumessung der konkreten Strafe i.e.S. vorzunehmen hat.⁷⁷⁶ Vorausgreifend ist hier ein *caveat* anzubringen, dass die beschriebene Vorgehensweise nicht immer der gerichtlichen Praxis entsprechen mag (die es *nota bene* diesbezüglich jedoch nicht immer so genau nimmt und gewisse

776 Vgl. dazu auch JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 100.

Umstände oder Zwischenschritte oftmals ausblendet resp. übergeht); aus systematischen Überlegungen bietet sich jedoch dieser Aufbau an, um nicht zuletzt auch aufzeigen zu können, wo strafzumessungsrechtliche Probleme auftauchen (können).

In einem ersten Schritt muss so der zur Anwendung kommende Strafrahmen bestimmt werden (1.). Darauf folgt die Zumessung der Strafe innerhalb des festgelegten Strafrahmens (2.) anhand der – noch eingehend zu behandelnden – *finalen* (2.a.), *realen* (2.b.) sowie schliesslich der *logischen* (2.c.) Strafzumessungsgründe.⁷⁷⁷ Vorliegend nicht behandelt wird die Anrechnung der Untersuchungshaft auf die Strafe (Art. 51 StGB). Zwar ist diese im Strafgesetzbuch im Abschnitt zur Strafzumessung aufgeführt, jedoch hat die Anrechnung der Haft nichts mit der Bestimmung der schuldangemessenen Strafe zu tun und stellt damit keine eigentliche Strafzumessungsregel dar.⁷⁷⁸ Es handelt sich vielmehr um die Berücksichtigung eines «rein prozessualen Sachverhalts».⁷⁷⁹

1. Die Strafrahmen

a. Allgemeines

Wie aus der historischen Betrachtung erhellt, bieten sich dem Gesetzgeber grundsätzlich drei Möglichkeiten, die Strafzumessung zu regeln: Erstens kann die genaue Strafe bereits im Gesetz unabänderlich bestimmt werden. Hierbei spricht man von *absolut bestimmten Strafmassen*; erkennt das Gericht somit einen bestimmten Tatbestand als erfüllt an, hat es die durch das Gesetz absolut bestimmte Strafe auszusprechen, ohne selbst Strafzumessungserwägungen anzustellen.⁷⁸⁰ Zweitens kann der Gesetzgeber die Strafe überhaupt nicht bestimmen und dem Gericht dadurch freie Hand lassen.⁷⁸¹ Die dritte Möglichkeit besteht in der Aufstellung von gesetzlichen Strafrahmen, die je nach Delikt ein bestimmtes Mindest- und Höchstmass für die auszusprechende

777 Zu dieser Begriffswahl s. hinten I.D.2.

778 JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 144; STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 112.

779 StGB PK⁴-TRECHSEL/M. SEELMANN, Art. 51 N 1; mit überzeugender Kritik zu diesem Instrumentarium THOMMEN, *ContraLegem* 2019/2, 55 ff.

780 Vgl. für Tatbestände, die ein absolut bestimmtes Strafmass vorweisen, etwa die Bestimmungen in Deutschland zum Mord (§ 211 Abs. 1 StGB/D) sowie zum Völkermord (§ 6 Abs. 1 VStGB/D, bis 2002 noch § 220a StGB/D), die als Strafdrohung lediglich lebenslange Freiheitsstrafe vorsehen; in der Schweiz statuierte das Strafgesetzbuch von 1937 ebenfalls noch lebenslängliches Zuchthaus für den Tatbestand des Mords; m.w.H. zu absolut bestimmten Strafmassen BRINER (1978), 18; DIEZ (1944), 7; HAFTER², 341; JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 36; G. MAURER (1945), 13; PFENNINGER, SJZ 1934, 209; SCHWANDER², Rz. 377; STEIGER (1923), 106 f.; STRENG³, Rz. 506; TEMME (1855), 273.

781 G. MAURER (1945), 13.

Strafe vorsehen. Das Gericht bestimmt hierbei im Einzelfall die individuelle Strafe innerhalb des jeweiligen Strafrahmens. Man spricht hierbei von *relativ bestimmten Strafmassen*.⁷⁸²

Von allen drei Möglichkeiten der Strafzumessung wurde im Laufe der Geschichte bereits Gebrauch gemacht. In Bezug auf die absolut angedrohten Strafen können hierzu exemplarisch die starren Sanktionen des Peinlichen Gesetzbuchs der Helvetischen Republik von 1799 herangezogen werden.⁷⁸³ Ziel dieser festen Rechtsfolgen war es, die «richterliche Willkür» bei der Strafzumessung vollständig auszuschalten.⁷⁸⁴ Dies führte jedoch in einer Vielzahl von Fällen zu unverhältnismässig hohen Strafen, da das Gericht keine Möglichkeit hatte, den Einzelfall zu berücksichtigen und etwa eine Reduktion der Sanktion vorzunehmen.⁷⁸⁵ Die zweite Möglichkeit des Fehlens jeglicher Bestimmungen zur Strafzumessung war etwa gebräuchlich, wo eine kodifizierte Strafgesetzgebung als solche nicht vorhanden war. Auch fand sie sich dort, wo im Zuge der frühen Aufklärung eine freie und souveräne Stellung des Gerichts gefordert wurde, das die harte gesetzliche Strafindrohung mildernd korrigieren konnte.⁷⁸⁶ Da es für eine solche Strafminderung jedoch oftmals keine gesetzliche Grundlage gab, führte diese Gerichtspraxis zum Vorwurf der Willkür.⁷⁸⁷

Der dritten Möglichkeit der Strafzumessungsregelung schliesslich hat sich auch das geltende Schweizerische Strafgesetzbuch angeschlossen, nachdem sich die Aufstellung von relativ bestimmten Strafmassen nach Ausserkrafttreten des Peinlichen Gesetzbuch der helvetischen Republik bereits in einigen kantonalen Strafgesetzbüchern durchgesetzt hatte.⁷⁸⁸ Den im Besonderen Teil des Strafgesetzbuchs angedrohten Strafen ist so jeweils ein bestimmter Strafrahmen zugeordnet. Kein Straftatbestand enthält eine alleinige absolute Strafindrohung.⁷⁸⁹ Die Straftatbestände können dabei auch unterschiedliche

782 ALLEMANN (1917), 19; BRINER (1978), 18; DUBS, ZStW 1982, 161; HAFTER², 341; LOGOZ/SANDOZ², Vor Art. 63 N 1; G. MAURER (1945), 13; P. SCHNEIDER (1979), 1; SCHWANDER², Rz. 377; STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 1; STRENG³, Rz. 507; TEMME (1855), 273; VON LISZT/SCHMIDT²⁶, 418 ff.; VON WERDT (1956), 17; BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 19.

783 Vgl. vorne I.C.2.

784 ALKALAY (1984), 163; VON WERDT (1956), 29.

785 ALKALAY (1984), 168; G. MAURER (1945), 13; STRATENWERTH AT I⁴, § 1 N 4.

786 VORMBAUM⁴, 31.

787 ALLEMANN (1917), 16 f.; VON LISZT/SCHMIDT²⁶, 418; VON WERDT (1956), 29; s.a. G. MAURER (1945), 13; VORMBAUM⁴, 27.

788 Vgl. vorne I.C.3.; ALLEMANN (1917), 27; DIEZ (1944), 12; JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 36; G. MAURER (1945), 13; TEMME (1855), 276 ff.; vgl. auch STEIGER (1923), 107.

789 JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 36.

Strafarten wie Freiheits-, Geldstrafe oder Busse vorsehen. Dabei kann eine einzige Straftat angedroht (z.B. Freiheitsstrafe bei der vorsätzlichen Tötung gem. Art. 111 StGB) oder eine Alternativstrafandrohung vorgesehen werden (z.B. Freiheitsstrafe oder Geldstrafe beim Betrug gem. Art. 146 Abs. 1 StGB).⁷⁹⁰ Inwiefern die Strafraumen bei der gerichtlichen Zumessung der Strafe berücksichtigt werden, wird sogleich bei I.D.1.b. f. zu klären sein.

Somit kann gesagt werden, dass der jeweils durch den Täter erfüllte Tatbestand bereits einen ersten «Strafzumessungsgrund» darstellt. Die einzelnen Tatbestände des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches enthalten nämlich durch ihre unterschiedlich angesetzten Strafraumen eine Abstufung bzw. eine Rangordnung der strafrechtlich zu schützenden Rechtsgüter. Man könnte diesbezüglich auch von einer durch den Gesetzgeber vorgenommenen strafzumessungsrechtlichen Grobeinteilung sprechen. Durch die Aufstellung der gesetzlichen Strafandrohungen hat die Legislative nämlich eine Voreinteilung in unterschiedliche Strafraumen vorgenommen, innerhalb deren das Gericht im Einzelfall die richtige Strafe festzusetzen hat.⁷⁹¹

Im Folgenden werden entsprechend zuerst die Strafraumen und deren Umfang abgehandelt. Zwar sind etwa zur Festlegung eines erweiterten Strafraumens bereits Überlegungen zum Verschulden miteinzubeziehen, auf die erst später genauer eingegangen wird.⁷⁹² Da vorliegend aber die systematische Reihenfolge des Strafzumessungsvorgangs dargelegt werden soll und darin zuerst die Strafraumen festzulegen sind, soll von dieser Abfolge nicht abgewichen werden. Für die Leserschaft empfiehlt es sich daher u.U. *nach* der Lektüre der Strafzumessung *innerhalb* des Strafraumens (I.D.2.) zum vorliegenden Teil (I.D.1.) zurückzukehren, um ein noch besseres Verständnis des Abschnitts zu den Strafraumen zu erlangen.

b. Der ordentliche Strafraumen

Solche durch das geltende Strafgesetzbuch (oder nebenstrafrechtliche Gesetze) mit einem Höchst- und Mindestmass vorgegebenen Strafraumen werden als *ordentliche Strafraumen* bezeichnet.⁷⁹³ Sie bilden Ausgangspunkt der Strafzumessung und beziehen sich grundsätzlich auf den «Normalfall»⁷⁹⁴, d.h.

790 JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 37 m.w.H.

791 Vgl. dazu BRUNS² (1985), 43; zu dieser «Arbeitsteilung zwischen Gesetzgeber und Gericht» wird im Rahmen der Diskussion zum Doppelverwertungsverbot nochmals ausführlich zurückzukommen sein, s. hinten II.D.4.

792 Vgl. hinten I.D.2.a.

793 P. ALBRECHT, ZStR 2017, 443; BRINER (1978), 18; JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 63; P. SCHNEIDER (1979), 1; SCHWANDER², Rz. 378.

794 Nicht zu verwechseln mit dem «Normalfall» im Sinne der «Nullvariante» eines Strafzumessungskriteriums.

auf den voll zurechnungsfähigen Täter, das vollendete Delikt usw.⁷⁹⁵ Um eine adäquate Bestrafung auf allen erdenklichen Schwerestufen eines einzelnen Tatbestands – etwa von sehr leichten bis zu sehr schweren Begehungsformen – zu ermöglichen, hat der Gesetzgeber die Strafraumen in einer Vielzahl der Fälle überaus breit angelegt, um dem Gericht einen weiten Spielraum zu belassen.⁷⁹⁶ Der jeweilige Strafraumen wird dabei durch die Legislative aufgrund einer abstrakten Bewertung bestimmt, wobei etwa das betroffene Rechtsgut oder das Ausmass seiner Beeinträchtigung eine Rolle spielt.⁷⁹⁷ Der gesetzliche Strafraumen kann so von einer geringfügigen Geldstrafe (oder Busse) bis hin zu einer langjährigen Freiheitsstrafe reichen, wodurch eine theoretische Mindest- und Höchststrafe ermittelt werden kann.⁷⁹⁸ Der Straftatbestand der vorsätzlichen Tötung gem. Art. 111 StGB sieht etwa eine Freiheitsstrafe von 5 bis 20 Jahren vor, im Falle eines Mordes nach Art. 112 StGB ist grundsätzlich eine Freiheitsstrafe von zehn Jahren bis zu lebenslänglich auszusprechen.⁷⁹⁹ Einen relativ offenen Strafraumen bietet die falsche Anschuldigung gem. Art. 303 StGB, wo «Freiheitsstrafe oder Geldstrafe» angedroht werden. Dies bedeutet, dass das Gericht in einem solchen Fall theoretisch eine Geldstrafe von mindestens drei Tagessätzen (Art. 34 Abs. 1 StGB) bis hin zu einer Freiheitsstrafe von maximal 20 Jahren (Art. 40 Abs. 2 StGB) anordnen kann.

Aufgabe des Gerichts ist es nun, innerhalb eines solchen Strafraumens die im Einzelfall angemessene Strafe zu finden.⁸⁰⁰ Da die Strafraumen selbst keinen Massstab enthalten, wie die konkrete Strafe (innerhalb des Rahmens) festzusetzen ist, muss sich das Gericht auf die (Allgemeinen⁸⁰¹) Bestimmungen des Strafgesetzbuchs zur Strafzumessung stützen und von seinem gerichtlichen Ermessen Gebrauch machen.⁸⁰² Bei einem so grossen Spielraum, den

795 P. ALBRECHT, ZStrR 2017, 443; BRINER (1978), 19; KILLIAS et al.², Rz. 1209; G. MAURER (1945), 13.

796 JESCHECK/WEIGEND⁵, 871f.; RITTLER, ZStrR 1932, 58; VON WERDT (1956), 25; s. zur Bedeutung der Strafraumen für die Strafzumessung MONTENBRUCK (1983) m.w.H. sowie GÖTTING, NSTZ 1998, 542 ff.

797 JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 80.

798 Siehe etwa Art. 138 Ziff. 2 StGB (Veruntreuung) oder Art. 191 StGB (Schändung): «[...] wird mit Freiheitsstrafe bis zu zehn Jahren oder Geldstrafe bestraft [...]»; P. ALBRECHT, ZStrR 2017, 443.

799 Krit. zur Vereinbarkeit von Mindeststrafen und Verschulden BOMMER, *Contra Legem* 2019/2, 35f.; s. dazu bereits die Diskussion zu den Entwürfen zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch, ZÜRCHER, ZStrR 1924, 213.

800 P. ALBRECHT, ZStrR 2017, 443; STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 1.

801 Es bestehen jedoch auch vereinzelte «*Strafzumessungsregeln*» im Besonderen Teil, etwa Art. 200 StGB.

802 Vgl. dazu eingehend hinten I.D.2.; LK StGB II¹²-THEUNE, § 46 N 62ff.; BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 19.

das Gesetz dem Gericht zumeist zugesteht, erweist sich diese Aufgabe als ungewein schwierig.⁸⁰³ Die Umstände, die dabei *innerhalb* des jeweiligen Strafrahmens zur Erhöhung oder Herabsetzung der Strafe führen können, nennt man *Straferhöhungs-* bzw. *Strafminderungsgründe*.⁸⁰⁴ Auf diese wird im Rahmen der realen Strafzumessungsgründe unter I.D.2 näher einzugehen sein.

c. Der ausserordentliche Strafrahmen

Dem Gericht kommt ein noch weiterer Bereich bei der Festsetzung der Strafe zu, wenn es ihm erlaubt ist, über den ordentlichen Strafrahmen hinauszugehen. Dies ist der Fall, wenn im konkreten Fall besonders erschwerende oder erleichternde Umstände hinzutreten; dadurch kann der gesetzliche Strafrahmen nach unten oder oben geöffnet bzw. erweitert werden.⁸⁰⁵ Dem Gericht wird dadurch für die Zumessung der konkreten Strafe ein *ausserordentlicher Strafrahmen* zur Verfügung gestellt.⁸⁰⁶

Die Umstände, die den Strafrahmen nach unten oder oben erweitern, nennt man *Strafmilderungs-* bzw. *Strafschärfungsgründe*.⁸⁰⁷ Das Vorliegen eines solchen Grundes bedeutet noch nicht, dass auch eine Strafe ausserhalb des ordentlichen Strafrahmens ausgesprochen werden muss. Vielmehr geht es in einem ersten Schritt nur darum, dass theoretisch nun ein erweiterter Strafrahmen zur Verfügung gestellt wird.⁸⁰⁸ *Innerhalb* dieses neuen Strafrahmens wirken die Strafschärfungs- oder -milderungsgründe in einem zweiten Schritt als Straferhöhungs- bzw. Strafminderungsgründe.⁸⁰⁹ Dies bedeutet,

803 JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 80f.; STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 3.

804 ALLEMANN (1917), 19; DIEZ (1944), 7; JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 62f.; KILLIAS et al.², Rz. 1211; PFENNINGER (1890), 742f.; SCHERTENLEIB (1949), 6; SCHULTZ AT II⁴, 79, 86; STOECKLIN (1971), 25; BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 48 N 3; vgl. auch VON LISZT/SCHMIDT²⁶, 420.

805 JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 83 ff.; P. SCHNEIDER (1979), 1; SCHWANDER², Rz. 378; STOECKLIN (1971), 25; VON WERDT (1956), 25; BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 48 N 1.

806 G. MAURER (1945), 14; P. SCHNEIDER (1979), 1; STOECKLIN (1971), 25; BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 84.

807 P. ALBRECHT, ZStrR 2017, 443; ALLEMANN (1917), 19; DIEZ (1944), 7; KILLIAS et al.², Rz. 1211; SCHERTENLEIB (1949), 6; SCHULTZ AT II⁴, 79, 86; STOECKLIN (1971), 25; STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 95 Fn. 241; diese Bezeichnung war zur Zeit der kantonalen Strafgesetzbücher jedoch noch nicht einheitlich, vgl. PFENNINGER (1890), 742.

808 So schon das Bundesgericht zur zwingenden Milderung nach freiem Ermessen in Art. 66 StGB/1937 in BGE 71 IV 68, E. 1: «*Schon der Wortlaut des Art. 66, der eine solche minimale Milderung nicht nennt, spricht dagegen. Allerdings wollte der Gesetzgeber den Richter in den nach Art. 66 zu ahndenden Fällen ermächtigen, die Strafe mehr zu mildern, als es Art. 65 für die in Art. 64 geregelten Fälle zulässt. Andererseits erlaubt aber Art. 66 auch, in der Milderung weniger weit zu gehen, also innerhalb des auf die Tat angedrohten Strafrahmens zu bleiben.*»

809 CUENDET/GENTON, forumpoenale 2017, 322; NAY, ZStrR 1994, 180.

dass sie nun je nach Ausmass ihrer Verwirklichung zu einer höheren oder tieferen Strafe führen.⁸¹⁰ Wie noch aufzuzeigen sein wird, ist diese Vorgehensweise – insb. in Bezug auf die Strafmilderungsgründe – jedoch in der Lehre und Praxis nicht unumstritten.

a1. Strafmilderungsgründe

Bis zur Revision des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuchs, die am 1. Januar 2007 in Kraft trat, war die Strafmilderung auf zwei Arten möglich: entweder gestützt auf feste Strafsätze⁸¹¹ oder nach freiem Ermessen, wenn dies gesetzlich vorgesehen war.⁸¹² Auch lag die Vornahme einer Strafmilderung in den meisten Fällen im Ermessen des Gerichts (Art. 64 StGB/1937: «Der Richter kann die Strafe mildern»). Im geltenden Strafgesetzbuch ist bei Vorliegen eines Milderungsgrunds nach Art. 48 StGB i.V.m. Art. 48a StGB hingegen die obliigatorische Strafmilderung nach freiem Ermessen ohne Bindung an bestimmte Mindeststrafen vorgesehen.⁸¹³ Es handelt sich entsprechend um eine Mussvorschrift («Das Gericht mildert die Strafe, wenn [...]»). Wird vom Gericht ein Strafmilderungsgrund – nach Art. 48 StGB oder aufgrund einer anderen Bestimmung – angenommen, ist es gem. Art. 48a Abs. 1 StGB nicht an eine angedrohte Mindeststrafe gebunden, wodurch der Strafrahmen nach unten geöffnet wird. Auch kann das Gericht nach Abs. 2 auf eine andere als die angedrohte Strafart erkennen, es ist dabei aber an das gesetzliche Höchst- und Mindestmass der Strafart gebunden. Sofern Umstände die Voraussetzungen einer Strafmilderung *nicht* erfüllen, sind sie gegebenenfalls gleichwohl noch als *strafmindernd* innerhalb des ordentlichen Strafrahmens zu berücksichtigen; dies ergibt sich nun aus Art. 47 StGB.⁸¹⁴

Umstritten ist in der Lehre, welche Bedeutung der Öffnung des Strafrahmens nach unten zukommt. Ein Teil vertritt die Auffassung, wonach trotz

810 NAY, ZStrR 1994, 180.

811 Art. 65 Abs. 1 StGB/1937: «Findet der Richter, die Strafe sei zu mildern, so erkennt er: statt auf lebenslängliches Zuchthaus: auf Zuchthaus von mindestens zehn Jahren [...]»; s. dazu BÄR, SJZ 1918/1919, 270.

812 Art. 66 Abs. 1 StGB/1937: «Wo das Gesetz eine Strafmilderung nach freiem Ermessen vorsieht, ist der Richter an die Strafart und das Strafmass, die für Verbrechen oder Vergehen angedroht sind, nicht gebunden [...]»; eine (fakultative) Strafmilderung nach freiem Ermessen war etwa im Falle von «[v]ermindert[er] Zurechnungsfähigkeit» gem. Art. 11 StGB/1937 vorgesehen.

813 Botschaft, BBl 1999 II, 2061; GREINER, in: Bänziger/Hubschmid/Sollberger, 129.

814 StGB PK⁴-TRECHSEL/M. SEELMANN, Art. 47 N 19; BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 48 N 3; so auch schon BGer, Urteil 6S.9/2005 vom 6. Juni 2005, E. 5.3 («[...] sind diejenigen Umstände, welche die Voraussetzungen einer Strafmilderung gemäss Art. 64 StGB nicht ganz erfüllen, strafmindernd zu berücksichtigen [...]»); zu Art. 63 StGB/1937 bereits HAFTER², 360.

Vorliegens eines (oder mehrerer) Strafmilderungsgrundes grundsätzlich der ordentliche Strafraumen nicht zu verlassen sei.⁸¹⁵ Vielmehr müsse stets vom ordentlichen Strafraumen des schwersten Delikts ausgegangen werden.⁸¹⁶ Dieser Lehrmeinung hat sich auch das Bundesgericht – *nota bene* in Bezug auf den besonderen Milderungsgrund der verminderten Schuldfähigkeit – angeschlossen. Demgemäss sei bei Vorliegen von Milderungsgründen eine Unterschreitung des ordentlichen Rahmens nur vorzunehmen, wenn *aussergewöhnliche* Umstände vorlägen und die für die betreffende Tat angedrohte Strafe im konkreten Fall zu hart erscheine.⁸¹⁷

Mag letztere Argumentation noch vertretbar sein, so ist jedoch die weitergehende Ausführung des Bundesgerichts zu kritisieren, dass «der ordentliche Strafraumen durch Strafschärfungs- oder Strafmilderungsgründe nicht automatisch erweitert [werde]».⁸¹⁸ Dies widerspricht nämlich bereits dem klaren gesetzlichen Wortlaut, wenn Art. 48a StGB statuiert, dass im Falle von einschlägigen Strafmilderungsgründen eine Milderung zwingend vorzunehmen und das Gericht dadurch nicht an die angedrohte Mindeststrafe gebunden ist.⁸¹⁹ Es findet entsprechend in jedem Fall eine Öffnung des Strafraumens nach unten statt, falls das Gesetz eine Mindeststrafe vorsieht.⁸²⁰ Im Lichte der alten Gesetzesbestimmung wäre die Meinung des Bundesgerichts und eines Teiles der Lehre noch nachvollziehbar, da bei den in Art. 48 StGB genannten Strafmilderungsgründen vor der Revision des Allgemeinen Teils gem. Art. 64 i.V.m. Art. 65 StGB/1937 nach festen Sätzen *fakultativ* gemildert werden konnte.⁸²¹ Lagen so etwa nach Art. 64 StGB/1937 Strafmilderungsgründe im Falle einer vorsätzlichen Tötung vor (ohne dass ein anderer Rechtfertigungs- oder Schuld-ausschliessungsgrund oder ein privilegierter Tatbestand einschlägig war), so *konnte* gem. Art. 65 StGB/1937 i.V.m. Art. 35 StGB/1937 der Strafraumen von

815 HUG, *forum poenale* 2011, 364; MATHYS, *SJZ* 2004, 177; DERS.², Rz. 159 ff.

816 JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 82.

817 BGE 136 IV 55, E. 5.8.

818 BGE 136 IV 55, E. 5.8; BGer, Urteil 6B_370/2013 vom 16. Januar 2014, E. 3.2.5.

819 BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 48 N 7b.

820 So auch schon SCHWANDER², Rz. 378 («[Strafmilderungsgründe] schaffen einen besonderen Strafraumen, in dem sich das Urteil bewegen muss. Hält sich das Urteil nicht an diesen besonderen Strafraumen, so liegt eine Rechtsverletzung vor [...]).»

821 Siehe etwa BGE 116 IV 11, E. 2e («Liegt [...] ein Strafmilderungsgrund vor, so hat dies für die Strafzumessung zwei Wirkungen: Einerseits muss die Strafe gemindert werden – es ist unzulässig, bei Vorliegen eines Strafmilderungsgrundes die Höchststrafe auszufällen; andererseits kann die Strafe gemildert werden – der Strafraumen hat sich nach unten erweitert. Damit setzt Art. 65 der einfachen Strafmilderung die Grenze, bis zu welcher der Richter bei Vorliegen eines Strafmilderungsgrundes den ordentlichen Strafraumen unterschreiten darf, aber nicht muss [...]); vgl. auch NAY, *ZStrR* 1994, 180.

Zuchthaus nicht unter 5 Jahren bis 20 Jahre (Art. 111 StGB/1937) auf Zuchthaus von 1 Jahr bis 20 Jahre geändert werden. Vor der Revision des Allgemeinen Teils wäre es demnach verständlicher gewesen, wenn das Bundesgericht im Falle der Strafmilderungsgründe von Art. 64 StGB/1937 den ordentlichen Strafrahmen nicht automatisch hätte erweitern wollen. Im Lichte der revidierten Gesetzesbestimmungen ist dieser Ansatz nach vorliegender Meinung jedoch nicht mehr vertretbar. Zusätzlich zum klaren Gesetzeswortlaut muss man sich auch die Überlegungen hinter der heute geltenden Bestimmung vor Augen halten: Mit der Streichung der festen Sätze und dem Einführen der Strafmilderung «nach freiem Ermessen» durch Art. 48a StGB sollte nämlich gerade eine Einengung durch einen gesetzlichen Strafrahmen vermieden werden. So hält die Botschaft denn auch explizit fest, dass qualifizierte Mindeststrafen «in der Praxis zu unbefriedigenden Ergebnissen führen können».⁸²² Somit gilt es zu konstatieren, dass in jedem Falle des Vorliegens von einschlägigen – und nicht nur fakultativ zur Anwendung kommenden – Strafmilderungsgründen eine Öffnung des unteren Strafrahmens stattfindet. Damit ist, wie erwähnt, noch nicht gesagt, dass auch eine Strafe ausserhalb des ordentlichen Rahmens ausgesprochen werden *muss*; vielmehr steht nun ein grösserer Strafrahmen zur Verfügung, um den konkreten Tatumständen umfassend gerecht werden zu können.⁸²³ In vielen Fällen sind die gesetzlichen Strafmilderungsgründe zwar nur innerhalb des ordentlichen Strafrahmens im Sinne von Strafmilderungsgründen zu beachten, eine Unterschreitung der gesetzlich angedrohten Mindeststrafe ist aber bei genügend grossem Gewicht des jeweiligen Milderungsgrundes (oder bei Vorliegen mehrerer Gründe) auch hier denkbar. Folgt man hingegen der Argumentation des Bundesgerichts, so fällt man wieder in die Zeit der fakultativen Strafmilderung nach festen Sätzen zurück. Denn genau die vom Bundesgericht festgehaltene Vorgehensweise war unter der alten Bestimmung von Art. 64 und 65 StGB/1937 Praxis. Wollte das Gericht keine Milderung ermöglichen, konnte (bzw. musste) es die Strafe einfach «nur» innerhalb des ordentlichen Rahmens mindern.⁸²⁴ Diese Möglichkeit hat der Gesetzgeber jedoch mit der Revision des Allgemeinen Teils zu Recht abgeschafft. Denn will man sich einem Schuldstrafrecht verpflichtet fühlen,

822 Botschaft, BBl 1999 II, 2062.

823 Vgl. auch KILLIAS et al.², Rz. 1011.

824 BGE 90 IV 149, E. 4 («Der Richter ist jedoch auch beim Vorliegen eines Strafmilderungsgrundes nicht verpflichtet, die Strafmilderung gemäss Art. 65 StGB eintreten zu lassen, sondern er kann die Anwendung dieser Bestimmung ablehnen und dem Strafmilderungsgrund bloss innerhalb des angedrohten ordentlichen Strafrahmens Rechnung tragen, wenn er findet, dass die Umstände des Falles eine Milderung nicht rechtfertigen [...]»); so auch BRINER (1978), 33.

ist eine zwingende Milderung der Strafe – im Sinne einer Öffnung des Strafrahmens nach unten – bei Vorliegen von (obligatorischen) Milderungsgründen unabdingbar.⁸²⁵

Das Bundesgericht und ein Teil der Lehre bringen aber des Weiteren vor, dass der ordentliche Strafrahmen nur unterschritten werden solle, wenn verschuldens- bzw. strafreduzierende Faktoren – im Bundesgerichtsentscheid in Bezug auf die verminderte Schuldfähigkeit – zusammentreffen würden, «die einen objektiv an sich leichten Tatvorwurf weiter relativieren».⁸²⁶ Dies wäre etwa der Fall, wenn «ohne Berücksichtigung der Strafmilderungsgründe bereits eine Strafe auszusprechen wäre, welche sich am untersten Rand des Strafrahmens bewegt.»⁸²⁷ Nach dieser Vorgehensweise wäre zuerst innerhalb des ordentlichen Strafrahmens die Strafhöhe nach Art. 47 StGB zu bemessen, wonach die verminderte Schuldfähigkeit ebenfalls zuerst innerhalb dieses Rahmens zu berücksichtigen wäre. Nur im Ausnahmefall, wenn bereits ohne Berücksichtigung der verminderten Schuldfähigkeit eine Strafe knapp am unteren Rand des ordentlichen Strafrahmens angemessen wäre, dürfe das gesetzliche Strafminimum unterschritten werden.⁸²⁸ Dadurch könne vermieden werden, dass der gleiche Umstand zweimal berücksichtigt und dadurch das Doppelverwertungsverbot verletzt werde.⁸²⁹

Auch diese Auffassung ist abzulehnen. Die Systematik der Strafzumessung gibt vor, zuerst den Strafrahmen zu bestimmen und in einem zweiten Schritt die Strafe innerhalb des vorhandenen Rahmens festzusetzen. Warum gerade in einem solchen Fall Überlegungen zum Strafrahmen erst hinterher erfolgen sollten, wird nun von den Befürwortern mit der Beachtung des Doppelverwertungsverbots begründet. Dieses besagt – unter Vorgriff auf die Ausführungen im zweiten Teil der vorliegenden Arbeit⁸³⁰ –, dass Umstände, die zur Anwendung eines höheren oder tieferen Strafrahmens führen, innerhalb des geänderten Strafrahmens nicht noch einmal als Straferhöhungs- oder Strafminderungsgrund berücksichtigt werden dürfen. Andernfalls würde dem Täter der gleiche Umstand zweimal zur Last gelegt oder zugutegehalten.⁸³¹ Der zuvor erwähnte Teil der Lehre bringt nun vor, dass der Milderungsgrund zweimal, d.h. bei der Festlegung des Strafrahmens *und* bei der Zumessung innerhalb des Rahmens, berücksichtigt werde, was verboten

825 So auch Botschaft, BBl 1999 II, 2061.

826 BGE 136 IV 55, E. 5.8; JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 83.

827 JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 83.

828 Siehe dazu das Beispiel bei JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 83.

829 JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 83.

830 Siehe hinten II.

831 BGE 118 IV 342, E. 2b.

sei.⁸³² Das Doppelverwertungsverbot erlaubt jedoch, dass *quantitative* und *qualitative* Abstufungen von Strafzumessungsumständen im Rahmen der Tatbestandsverwirklichung berücksichtigt werden können.⁸³³ Liegt somit ein Strafmilderungsgrund vor, wird der Strafraum in einem ersten Schritt nach unten geöffnet, womit der neue Strafraum festgelegt wird. In einem zweiten Schritt wird nun die Strafe innerhalb des neuen Strafraums festgelegt, wobei zu beachten ist, *in welchem Ausmass* sich der Strafmilderungsgrund innerhalb des ausserordentlichen Strafraums *strafmindernd* auswirkt.⁸³⁴ Würde der gegenläufigen Meinung gefolgt, könnte etwa auch im Fall eines Mordes das *Ausmass* der Skrupellosigkeit nicht mehr innerhalb des Mordstrafrahmens berücksichtigt werden, da die Skrupellosigkeit an sich schon für die Strafraumänderung von der vorsätzlichen Tötung hin zum Mord «verbraucht» wäre.⁸³⁵

Im Folgenden soll nun eine kurze Übersicht über die in Art. 48 StGB enthaltenen gesetzlichen Strafmilderungsgründe gegeben werden. Diese werden einerseits in Art. 48 StGB aufgezählt, andererseits kennt das Gesetz in anderen Bestimmungen weitere besondere Strafmilderungsgründe.⁸³⁶ Zu denken ist im Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuchs etwa an die entschuld bare Notwehr (Art. 16 Abs. 1), bestimmte Fälle des entschuld baren Notstands (Art. 18 Abs. 2), die verminderte Schuldfähigkeit (Art. 19 Abs. 2), den vermeidbaren Irrtum über die Rechtswidrigkeit (Art. 21) oder den Versuch (Art. 22 Abs. 1, hier fakultativ). Da diese Konstellationen nicht nur für die Strafzumessung, sondern auch als besondere Erscheinungsformen der Straftat an sich von Bedeutung sind, hat der Gesetzgeber diese Strafmilderungsgründe unter dem Titel «Strafbarkeit» und nicht unter «Strafen und Massnahmen» ins Gesetz aufgenommen.⁸³⁷ Im Besonderen Teil gibt es ebenfalls bestimmte «Strafmilderungsgründe», z.B. den Totschlag (Art. 113) oder die Kindstötung (Art. 116). Bei den beiden letztgenannten Bestimmungen findet jedoch nicht eine Öffnung des Strafraums nach unten statt, sondern die privilegierte Tat erhält gegenüber dem Grunddelikt vielmehr einen eigenständigen gesetzlichen Strafraum.⁸³⁸ Schliesslich zählt das Strafgesetzbuch auch noch verschiedene Gründe auf, die zu einer Strafbefreiung führen können. Es sind dies das

832 JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 83.

833 Siehe dazu hinten II.F.3.

834 Für diese Systematik auch BRINER (1978), 34; s. des Weiteren DUBS, in: FG SJ, 15.

835 Siehe dazu hinten II.F.3.

836 LUDWIG, ZStrR 1959, 202 ff.; CR CPI I²-PELLET, Art. 48 N 4; STRATENWERTH/BOMMERAT II³, § 5 N 96; StGB PK⁴-TRECHSEL/M. SEELMANN, Art. 48 N 1.

837 Dazu BRINER (1978), 29.

838 BRINER (1978), 26; BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 48 N 6.

fehlende Strafbedürfnis (Art. 52), die Wiedergutmachung (Art. 53) sowie die Betroffenheit des Täters durch seine Tat (Art. 54). Auf sie ist im Folgenden jedoch nicht weiter einzugehen. Es gilt aber zu beachten, dass nach dem Grundsatz *a maiore ad minus* anstelle einer Strafbefreiung auch nur auf eine Strafmilderung (oder Minderung) erkannt werden kann, wenn die Voraussetzungen für Erstere nicht vollständig erfüllt sein sollten.⁸³⁹

Die im Folgenden zu behandelnden einzelnen Strafmilderungsgründe von Art. 48 StGB entsprechen weitgehend der alten Bestimmung von Art. 64 StGB/1937 und insofern auch dem ursprünglichen Vorschlag von CARL STOOSS aus seinem Vorentwurf von 1893 (Art. 37 VE-StGB/1893). In der Lehre ist umstritten, ob es sich bei der Nennung der Milderungsgründe in Art. 48 StGB – und den anderen im Allgemeinen und Besonderen Teil des Strafgesetzbuches aufgezählten Bestimmungen – um eine abschliessende Aufzählung handelt.⁸⁴⁰ Da gemäss h.L. und Rechtsprechung unbestritten ist, dass der strafrechtliche Grundsatz der Legalität von Art. 1 StGB nur *in malam partem* gilt,⁸⁴¹ wäre die Anwendung eines nicht im Gesetz genannten Strafmilderungsgrundes nicht ausgeschlossen,⁸⁴² sofern es sich um einen Milderungsgrund i.S.v. Art. 48 StGB handelt,⁸⁴³ er mithin Einfluss auf das Verschulden des Täters hat. Dabei stellt sich jedoch die Schwierigkeit bei einem nicht in Art. 48 StGB aufgezählten Strafzumessungskriterium, ob dieses die Schwelle eines Milderungsgrundes erreicht oder lediglich als Minderungsgrund im Rahmen von Art. 47 StGB zur Anwendung gelangt. In der Praxis dürften die Gerichte im Zweifel daher wohl grundsätzlich jeweils nur eine Strafminderung vornehmen und keinen «neuen» aussergesetzlichen Milderungsgrund schaffen.

Aufgrund der herausragenden Bedeutung der Auswirkungen der verminderten Schuldfähigkeit nach Art. 19 Abs. 2 StGB auf die Strafzumessung ist dieser besondere Strafmilderungsgrund – insb. hinsichtlich der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Unterschreitung des ordentlichen Strafrahmens – im Nachgang zu den Milderungsgründen von Art. 48 StGB eingehender zu untersuchen.

839 Siehe etwa BGer, Urteil 6B_801/2015 vom 22. Februar 2016, E. 3.3.

840 Dafür: BRINER (1978), 26; HAFTER², 361; LOGOZ/SANDOZ², Art. 64 N2; THORMANN/VON OVERBECK (1940), Art. 64 N2; dagegen: PETRZILKA (1942), 91 («*Fraglich ist, wieweit bei Art. 64 StGB eine – wohl zulässige – Analogiebildung noch angebracht erscheint*»).

841 Siehe etwa BGE 101 Ib 154, E. c («[...] im Strafrecht zulässig und mit Art. 1 StGB vereinbar, sofern es zugunsten des Angeklagten oder Verurteilten geschieht [...]»); BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 1 N31; StGB PK⁴-TRECHSEL/FATEH-MOGHADAM, Art. 1 N 4.

842 StGB PK⁴-TRECHSEL/M. SEELMANN, Art. 48 N1.

843 Vgl. BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 1 N31 («[...] das Gericht muss das Gesetz auch in bonam partem gemäss dessen Sinn anwenden [...]»).

i. Handeln aus achtenswerten Beweggründen

Der erste in Art. 48 StGB genannte Strafmilderungsgrund ist das Handeln aus achtenswerten Beweggründen (Art. 48 lit. a Ziff. 1 StGB). Strukturell umfasst der Milderungsgrund Situationen, in denen der (aussergesetzliche) Rechtfertigungsgrund der Wahrung berechtigter Interessen zwar verneint wurde, der Umstand aber im Rahmen der Strafzumessung berücksichtigt werden soll.⁸⁴⁴ Im ersten Vorentwurf des Strafgesetzbuchs von 1893 wurde als Milderungsgrund noch das Vorliegen von «edlen Beweggründen» verlangt, worauf bereits ein Jahr später der mit der heutigen Regelung beinahe identische Wortlaut der «achtungswerten Beweggründe» Eingang in Art. 36 VE-StGB/1894 fand. Die Lehre hielt nach Inkrafttreten des Strafgesetzbuchs fest, dass hierbei, ähnlich wie bei der allgemeinen Zumessungsnorm nach Art. 63 StGB/1937, das Motiv des Täters hervorgehoben werde. Die Tat müsse dabei einer ethisch hochstehenden oder wenigstens ethisch zu rechtfertigenden Gesinnung entsprungen sein.⁸⁴⁵ Dieser Formulierung haben sich auch das Bundesgericht und die h.L. angeschlossen.⁸⁴⁶ Ob eine solche Gesinnung vorliegt, hat sich «d'après l'échelle des valeurs éthiques reconnues par la collectivité dans son ensemble» zu beurteilen.⁸⁴⁷ Massstab sind mithin nicht die Wertüberzeugungen des einzelnen Täters, sondern die in der Gesellschaft vorherrschenden sozialetischen Normen.⁸⁴⁸ Davon erfasst sind so etwa Beweggründe wie tiefgefühltes Mitleid, Erbarmen oder Streben nach Gerechtigkeit.⁸⁴⁹ Politische Motive sind nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht *per se* achtenswert, zumal sie auch ethisch neutral oder gar verwerflich sein könnten.⁸⁵⁰

Die achtenswerten Beweggründe müssen sich auf das Motiv und nicht die Tat selbst beziehen.⁸⁵¹ Sie sind damit grundsätzlich unabhängig von der

844 StGB PK⁴-TRECHSEL/M. SEELMANN, Art. 48 N 2.

845 DONGOIS et al.⁴, 137; HAFTER², 361; HURTADO POZO², Rz. 919; G. MAURER (1945), 78.

846 BGE 97 IV 77, E. 2a; GETH⁷, Rz. 602; JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 86 f.; KILLIAS et al.², Rz. 1013; MATHYS², Rz. 214 f.; CR CP I²-PELLET, Art. 48 N 6; STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 97; StGB PK⁴-TRECHSEL/M. SEELMANN, Art. 48 N 3; BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 48 N 8; HK StGB⁴-WOHLERS, Art. 48 N 2.

847 BGE 128 IV 53, E. 3; 101 IV 387, E. 2b; s.a. BGE 115 IV 65, E. 2.

848 AK StGB-SIMMLER/SELMAN, Art. 48 N 2; STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 98.

849 AK StGB-SIMMLER/SELMAN, Art. 48 N 2; StGB PK⁴-TRECHSEL/M. SEELMANN, Art. 48 N 3 m.w.H. auch auf die Rechtsprechung zu den als nicht achtenswert taxierten Beweggründen.

850 BGE 107 IV 29, E. 2a; 104 IV 238, E. 3b; s.a. OFK StGB²¹-HEIMGARTNER, Art. 48 N 1; CR CP I²-PELLET, Art. 48 N 11; AK StGB-SIMMLER/SELMAN, Art. 48 N 2.

851 StGB PK⁴-TRECHSEL/M. SEELMANN, Art. 48 N 2; BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 48 N 8; keine Strafmilderung aus achtenswerten Beweggründen für Sachbeschä-

Tat, jedoch hält das Bundesgericht einerseits fest, dass zwischen den Beweggründen und der Tat – trotz deren Unabhängigkeit – ein enger Zusammenhang im Sinne einer «besonderen Beziehung» zu bestehen habe.⁸⁵² Andererseits könnten die vom Täter vorausgesehenen Gefahren und Folgen der Tat eine so grosse Rücksichtslosigkeit kundtun, dass diese die Schuld mehr erhöhe, als der an sich achtenswerte Beweggrund sie zu mildern vermöge.⁸⁵³ Diese Argumentation ist zwar einerseits nachvollziehbar, darf andererseits jedoch nicht dazu führen, dass das Vorliegen von achtenswerten Beweggründen von Anfang an ausgeschlossen wird. Auch wenn sich die achtenswerten Beweggründe nur minimal auf die Strafzumessung auswirken, ist das der Tat zugrundeliegende Motiv zu prüfen.⁸⁵⁴

Damit das Handeln aus achtenswerten Beweggründen als Strafmilderungsgrund zur Anwendung kommt, muss die Schuld schliesslich effektiv herabgesetzt werden; den Täter muss mithin ein deutlich geringerer Schuldvorwurf treffen als denjenigen, der ohne achtenswerten Beweggrund gehandelt hat.⁸⁵⁵ In der Praxis wird dieser Milderungsgrund äusserst selten angewendet.⁸⁵⁶

ii. Handeln in schwerer Bedrängnis

Einen weiteren Strafmilderungsgrund stellt das Handeln in schwerer Bedrängnis nach Art. 48 lit. a Ziff. 2 StGB dar. Dieser Milderungsgrund steht der Situation des (rechtfertigenden oder entschuldbaren) Notstands nahe, ohne dass dessen Voraussetzungen erfüllt sind.⁸⁵⁷ Schon in den kantonalen Strafgesetzbüchern fanden sich solche dem Notstand ähnliche Strafmilderungsgründe.⁸⁵⁸ CARL STOSS führte diese Bestimmungen im Entwurf seines Strafgesetzbuchs unter dem «Handeln in schwerer Bedrängnis» zusammen und hielt in den Beratungen der ersten Expertenkommission zum damaligen Art. 37 explizit fest, dass der

digungen an einem Bankgebäude durch einen Klimademonstranten: BGer, Urteil GB_620/2022 vom 30. März 2023, E. 1.3.

852 BGE 115 IV 65, E. 2b; s.a. CR CP I²-PELLET, Art. 48 N 8; KILLIAS et al.², Rz. 1013.

853 BGE 107 IV 29, E. 2a.

854 So auch StGB PK⁴-TRECHSEL/M. SEELMANN, Art. 48 N 6.

855 BGE 118 IV 74, E. 2a; 115 IV 65, E. 2, wobei das Bundesgericht dies u.a. damit begründete, dass die Strafmilderung nach Art. 64 StGB/1937 fakultativ sei, was auf die neue Bestimmung von Art. 48 StGB nicht mehr zutrifft.

856 STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 99 m.w.H.

857 BGE 147 IV 249, E. 2.1; 107 IV 94, E. 4a; 83 IV 187, 188 (Erwägungen unnummeriert); HAFTER², 362; HURTADO POZO², Rz. 920; JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 87; SCHULTZ AT II⁴, 87; AK StGB-SIMMLER/SELMAN, Art. 48 N 3; STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 100; StGB PK⁴-TRECHSEL/M. SEELMANN, Art. 48 N 9; VON LILIENTHAL, ZStW 1895, 150; BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 48 N 13.

858 Siehe Zusammenstellung/1890, 400.

«Milderungsgrund des Artikels 37 [...] zu[trifft], wo der Notstand ein weniger dringender war».⁸⁵⁹ KARL VON LILIENTHAL empfahl in seiner Übersicht zum Entwurf eines Schweizerischen Strafgesetzbuchs im Jahre 1895 die Anwendung dieses Milderungsgrunds sogar explizit, um «einer zu weitherzigen Auffassung des Notstandes als Strafausschliessungsgrund vorzubeugen».⁸⁶⁰

Für die Annahme der schweren Bedrängnis ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung gefordert, «que l'auteur soit poussé à violer la loi pénale par une situation proche de l'état de nécessité, savoir que, sous la pression d'une détresse particulièrement grave, il croit ne pouvoir trouver une issue que dans la commission de l'infraction».⁸⁶¹ Die geforderte schwere Bedrängnis kann dabei eine materielle oder psychische sein.⁸⁶² Nicht vorausgesetzt ist, dass die Situation unverschuldet eingetreten ist.⁸⁶³ Dies ergibt sich aus der bereits erwähnten Nähe zum Notstand, wo eine selbstverschuldete Herbeiführung der Notstandssituation ebenfalls nicht zu dessen Ausschluss führt.⁸⁶⁴ Das Selbstverschulden kann jedoch bei der Frage der Höhe der effektiv vorzunehmenden Strafmilderung berücksichtigt werden.⁸⁶⁵

Aufgrund der genannten Nähe zum Notstand ist der Milderungsgrund wohl überdies in Situationen denkbar, in denen kein hochwertiges «Gut» des Täters bedroht ist, sondern weniger schwerwiegende (oder andere) Interessen betroffen sind; zu denken ist dabei etwa an eine schwere finanzielle Notlage oder eine Bedrohung der beruflichen Karriere.⁸⁶⁶ In diesen Fällen kommt man jedoch nicht umhin, ähnlich wie beim Notstand im Rahmen einer Verhältnismässigkeitsprüfung die Interessen des Täters mit der Schwere der begangenen Rechtsverletzung gegeneinander abzuwiegen.⁸⁶⁷ Wer somit etwa

859 Verhandlungen-I/1896, 245.

860 VON LILIENTHAL, ZStW 1895, 150.

861 BGE 107 IV 94, E. 4a; vgl. auch BGE 147 IV 249, E. 2.1; 110 IV 9, E. 2.

862 BGer, Urteil 6S.143/2004 vom 6. Juli 2004, E. 1.1; 6S.522/2001 vom 21. Mai 2002, E. 2c; G. MAURER (1945), 79; CR CP I²-PELLET, Art. 48 N14; BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 48 N13.

863 BGE 107 IV 94, E. 4a; BGer, Urteil 6S.496/2006 vom 19. Juni 2007, E. 3; KILLIAS et al.², Rz. 1014; CR CP I²-PELLET, Art. 48 N14; STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N100; offen damals noch bei HAFTER², 362.

864 BGE 83 IV 187, 188 (Erwägungen unnummeriert).

865 BGE 83 IV 187, 188 (Erwägungen unnummeriert); MATHYS², Rz. 222; STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N100; für reine Strafmilderung in solchen Fällen G. MAURER (1945), 81.

866 CR CP I²-PELLET, Art. 48 N14; STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N100; BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 48 N13; HK StGB⁴-WOHLERS, Art. 48 N3.

867 BGE 147 IV 249, E. 2.1; 110 IV 9, E. 2; HURTADO POZO², Rz. 920; JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 88; KILLIAS et al.², Rz. 1014; MATHYS², Rz. 220; CR CP I²-PELLET, Art. 48 N14; STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N100; StGB PK⁴-TRECHSEL/M. SEELMANN, Art. 48 N10; BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 48 N14 m.w.H.

eine vorsätzliche Tötung begeht, um sich seiner finanziellen Probleme zu entledigen, kann sich aufgrund des schwerwiegenden Missverhältnisses zwischen dem finanziellen Interesse und dem verletzten Rechtsgut nicht auf diesen Milderungsgrund berufen.⁸⁶⁸ Grundsätzlich werden hohe Anforderungen an eine Strafmilderung aufgrund von schwerer Bedrängnis gestellt. Sie ist nur zulässig, wenn Abhilfe – zumindest aus Sicht des Täters – auf keine andere Weise möglich war.⁸⁶⁹

iii. Handeln unter dem Eindruck einer schweren Drohung

Der Milderungsgrund des Handelns unter dem Eindruck einer schweren Drohung gem. Art. 48 lit. a Ziff. 3 StGB grenzt an einen speziellen Fall des Notstands an, den sog. Nötigungsnotstand.⁸⁷⁰ Wo möglich, ist daher eine Exkulpierung bereits über die Notstandsregelungen vorzunehmen.⁸⁷¹ Auch kann eine Milderung nach Art. 48 StGB erst eintreten, wenn die Strafe nicht schon nach der Regelung zum entschuldbaren Notstand von Art. 18 Abs. 1 StGB – im Falle der Drohung gegen ein «hochwertiges Gut» – gemildert wurde. Eine Milderung ist nach der vorliegenden Bestimmung daher nur denkbar, wenn sich die Drohung, deretwegen der Täter handelt, gegen Interessen richtet, deren Gefährdung keinen Notstand begründen kann.⁸⁷²

Wie beim Nötigungsnotstand handelt es sich auch beim vorliegenden Milderungsgrund um eine Spezialform des bereits behandelten Milderungsgrunds der schweren Bedrängnis nach Art. 48 lit. a Ziff. 2 StGB.⁸⁷³ Ein Täter, der unter dem Eindruck einer schweren Drohung handelt, tut dies grundsätzlich immer in schwerer Bedrängnis.⁸⁷⁴ Entsprechend ist zu Recht fraglich, warum der Strafmilderungsgrund der schweren Drohung noch getrennt Eingang in Art. 48 StGB gefunden hat.⁸⁷⁵

868 BGE 110 IV 9, E. 2 («[...] on ne saurait en aucun cas considérer que des difficultés financières, même graves, puissent justifier la commission d'un meurtre au point de constituer une circonstance atténuante»).

869 BGE 110 IV 9, E. 2 («[...] il croit ne pouvoir trouver une issue que dans la commission de l'infraction [...]»); BGer, Urteil 6B_719/2009 vom 3. Dezember 2009, E. 3.1; s.a. OFK StGB²¹-HEIMGARTNER, Art. 48 N 2; MATHYS², Rz. 219; StGB PK⁴-TRECHSEL/M. SEELMANN, Art. 48 N 11; BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 48 N 15; HK StGB⁴-WOHLERS, Art. 48 N 3.

870 JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 88; MATHYS², Rz. 225; StGB PK⁴-TRECHSEL/M. SEELMANN, Art. 48 N 12.

871 MATHYS², Rz. 225; STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 101.

872 AK StGB-SIMMLER/SELMAN, Art. 48 N 4; STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 101.

873 So auch AK StGB-SIMMLER/SELMAN, Art. 48 N 4.

874 JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 88.

875 Vgl. etwa JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 88; STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 101; BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 48 N 17.

iv. Handeln auf Veranlassung einer anderen Person

Um eine Zwangslage geht es auch beim Milderungsgrund des Handelns auf Veranlassung einer anderen Person, welcher der Täter Gehorsam schuldet oder von der er abhängig ist (Art. 48 lit. a Ziff. 4 StGB).⁸⁷⁶ Gleich wie beim zuvor besprochenen Milderungsgrund des Handelns unter dem Eindruck einer schweren Drohung handelt es sich vorliegend um einen Spezialfall der schweren Bedrängnis nach Art des Nötigungsnotstands.⁸⁷⁷ *Gehorsam* kann einer Person nur aufgrund einer Rechtsnorm geschuldet sein, wobei hier etwa an die Bestimmungen des Militärrechts zu denken ist.⁸⁷⁸ Demgegenüber ist es möglich, dass sich eine *Abhängigkeit* auch aus tatsächlichen Beziehungen ergeben kann.⁸⁷⁹ Dies ist etwa im Verhältnis von Lebenspartnern denkbar, wobei dieser Umstand allein nicht ausreichend ist, um das Vorliegen einer Abhängigkeit anzunehmen.⁸⁸⁰ Hier sind im Einzelfall die konkreten Umstände, wie z.B. die finanzielle Situation, die mehr oder weniger starke Persönlichkeit der Individuen sowie die Intensität und übrigen Merkmale der Beziehung zu berücksichtigen.⁸⁸¹ Nicht ausreichend ist etwa ein bloss freundschaftliches Verhältnis und die gemeinsame Zugehörigkeit zur gleichen Kultur.⁸⁸²

Das reine Vorliegen eines Abhängigkeitsverhältnisses allein genügt jedoch nicht.⁸⁸³ Die Tat muss vielmehr auch auf *Veranlassung* einer anderen Person erfolgen. Gefordert ist immer, dass der Einfluss der veranlassenden Person für die Begehung der Straftat durch die abhängige Person entscheidend war; die Entscheidungsfreiheit muss in gleicher Weise wie bei den Milderungsgründen

876 MATHYS², Rz. 229; STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 102.

877 StGB PK⁴-TRECHSEL/M. SEELMANN, Art. 48 N 13; s.a. HURTADO POZO², Rz. 921.

878 Siehe dort jedoch auch den Milderungsgrund von Art. 20 Abs. 2 MSTG («*Auch der Untergebene, der auf Befehl eines Vorgesetzten oder auf Anordnung von vergleichbarer Bindungswirkung eine Tat begeht, ist strafbar, wenn er sich der Strafbarkeit der Handlung zur Zeit der Tat bewusst war. Das Gericht kann die Strafe mildern [...]»*); BGer, Urteil 6B_497/2011 vom 22. Dezember 2011, E. 2.4; STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 102; BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 48 N 19.

879 BGer, Urteil 6B_497/2011 vom 22. Dezember 2011, E. 2.4; 6S.121/2005 vom 18. Mai 2005, E. 10.1 («*Contrairement à l'obéissance, la dépendance peut aussi résulter de relations de fait*»); JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 89; KILLIAS et al.², Rz. 1016; CR CP I²-PELLET, Art. 48 N 25; SCHULTZ AT II⁴, 88.

880 BGer, Urteil 6B_448/2011 vom 27. Juli 2012, E. 7.4.

881 BGE 102 IV 237, 238 (Erwägungen unnummeriert, «*Devono al proposito essere considerate le circostanze concrete, quali, ad esempio, la situazione finanziaria, la personalità più o meno forte dei soggetti, l'intensità e le caratteristiche delle relazioni reciproche [...]»*); BGer, Urteil 6S.121/2005 vom 18. Mai 2005, E. 10.1.

882 BGer, Urteil 6S.264/2004 vom 27. September 2004, E. 2.2.

883 BGer, Urteil 6S.503/2000 vom 7. September 2000, E. 3a.

der schweren Bedrängnis und der schweren Drohung herabgesetzt sein.⁸⁸⁴ Damit wird ein Druck oder Anstoss von gewisser Intensität umschrieben, der über das alltägliche Verhalten hinausgeht.⁸⁸⁵ Handeln auf «Veranlassen» ist dabei weiter gefasst als Handeln auf «Befehl», jedoch auch nicht identisch mit der Anstiftung.⁸⁸⁶ Handelt der Täter hingegen auf Veranlassung einer anderen Person ohne zu bemerken, dass er eine Straftat begeht, so handelt er als vorsatzloses Werkzeug in einem Sachverhaltsirrtum, wodurch der Veranlasser zum mittelbaren Täter wird.⁸⁸⁷

v. *Versuchung durch den Verletzten*

Gemäss Art. 48 lit. b StGB mildert das Gericht die Strafe, wenn der Täter durch das Verhalten der verletzten Person ernsthaft in Versuchung geführt worden ist. Dieser Milderungsgrund war in den ursprünglichen Vorentwürfen nicht enthalten und wurde erst im Jahre 1928 im Rahmen der parlamentarischen Beratungen auf Antrag der nationalrätlichen Kommission in den Entwurf des Strafgesetzbuchs aufgenommen.⁸⁸⁸ Für diesen Milderungsgrund muss die verletzte Person selbst Anstoss zur strafbaren Handlung gegeben haben, womit bei der Versuchung des Täters durch einen Dritten oder bei der Versuchung durch die verletzte Person gegenüber einem Dritten der Strafmilderungsgrund ausscheidet.⁸⁸⁹ Dieser Anstoss muss so ernsthaft sein, dass der Täter für seinen Entschluss zur Tatbegehung nicht voll verantwortlich erscheint.⁸⁹⁰ Das Verhalten der verletzten Person muss dabei derart provozierend sein, dass selbst ein verantwortungsbewusster Mensch Schwierigkeiten gehabt hätte, sich der Versuchung zu widersetzen.⁸⁹¹

884 BGer, Urteil 6B_497/2011 vom 22. Dezember 2011, E. 2.4; 6B_448/2011 vom 27. Juli 2012, E. 7.4; StGB PK⁴-TRECHSEL/M. SEELMANN, Art. 48 N13; BSK StGB I⁴-WIPR ÄCHTIGER/KELLER, Art. 48 N20.

885 BGer, Urteil 6S.121/2005 vom 18. Mai 2005, E. 10.1; MATHYS², Rz. 232.

886 HAFTER², 362.

887 KILLIAS et al.², Rz. 1016 Fn. 24; s.a. HAFTER², 362.

888 Votum Logoz, StenBull NR 1928, 967: «*La commission propose d'admettre comme circonstance atténuante (non prévue par le projet du Conseil fédéral) le fait que le coupable aurait été induit en tentation grave par la conduite de la victime [...]»*; vgl. auch LOGOZ/SANDOZ², Art. 64 N 5e.

889 BGer, Urteil 6S.378/2005 vom 20. Dezember 2005, E. 2.4; SCHWANDER², Rz. 390; StGB PK⁴-TRECHSEL/M. SEELMANN, Art. 48 N 14; so auch schon SJ 1943, 75; RS 1954, Nr. 22.

890 BGE 98 IV 67, E. 1c; HURTADO POZO², Rz. 923; SCHWANDER², Rz. 390.

891 BGE 102 IV 273, E. 2c («*Pour pouvoir admettre la tentation grave, le juge doit avoir acquis la conviction que la conduite [...] a été si provocante que même un homme conscient de ses responsabilités aurait eu de la peine à y résister [...]»*); BGer, Urteil 6S.378/2005 vom 20. Dezember 2005, E. 2.4; 6B_97/2010 vom 22. April 2010, E. 3.4.2; KILLIAS et al.², Rz. 1017.

Dieser Milderungsgrund hat in der Praxis insb. im Zusammenhang mit Sexualdelikten wie der Vergewaltigung oder sexuellen Handlungen mit Kindern Bedeutung erlangt (ohne jedoch dem Täter zugutegehalten worden zu sein).⁸⁹² Im zweiten Fall handelt es sich denn auch mit *Einverständnis* des Opfers um eine Straftat.⁸⁹³ Im Falle der Vergewaltigung kann eine allfällige «Provokation» des Opfers zur Straftat *gegen* seinen Willen führen. In solchen Fällen ist aber besondere Zurückhaltung bei der Annahme von Versuchung geboten, da nicht bei jeder «Versuchung» zu sexuellem Verhalten von einer ernstlichen Versuchung zum Geschlechtsverkehr im Sinne der Bestimmung die Rede sein kann.⁸⁹⁴ Auch ist die unerwünschte Konsequenz zu vermeiden, dass durch diesen Milderungsgrund der Täter ein allfälliges Opfer in Misskredit zu bringen vermag.⁸⁹⁵ Gleichwohl soll gemäss h.L. ein Opferverhalten, das im konkreten Fall erwiesenermassen in der Nähe zur Einwilligung liegt und im Gesamtzusammenhang keine unbedeutende Rolle einnimmt, den Täter zu einem gewissen Masse entlasten können.⁸⁹⁶

vi. Handeln in entschuldbarer heftiger Gemütsbewegung oder unter grosser seelischer Belastung

Der Milderungsgrund des Handelns in einer nach den Umständen entschuldbaren heftigen Gemütsbewegung oder unter grosser seelischer Belastung (Art. 48 lit. c StGB) ersetzte im Rahmen der Revision des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuchs die Regelung des Handelns aus Zorn oder grossem Schmerz über eine ungerechte Reizung oder Kränkung.⁸⁹⁷ Damit wurde der Milderungsgrund an den Wortlaut der Regelung von Art. 113 StGB zum Totschlag angepasst und in seinem Umfang erweitert.⁸⁹⁸ Somit stellen der Affekt und die grosse

892 Siehe etwa BGE 97 IV 76; 98 IV 67; nach den Überlegungen der nationalrätlichen Kommission sollte der Hauptanwendungsfall dieses Milderungsgrunds «Sittlichkeitsverbrechen» betreffen, s. Votum Seiler, StenBull NR 1928, 966; HAFTER², 363; G. MAURER (1945), 84; STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 103; HK StGB⁴-WOHLERS, Art. 48 N 6; nach StGB PK⁴-TRECHSEL/M. SEELMANN, Art. 48 N 14, können jedoch auch andere Straftaten infrage kommen, etwa der Diebstahl/Raub aufgrund des «Protzens» des Opfers mit grossen Geldmengen in einer Bar; s.a. die Beispiele bei JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 90.

893 JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 89; CR CP I²-PELLET, Art. 48 N 28; vgl. auch THORMANN/VON OVERBECK (1940), Art. 64 N 9.

894 So auch BGER, Urteil 6S.378/2005 vom 20. Dezember 2005, E. 2.4.

895 GETH⁷, Rz. 603; STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 103; StGB PK⁴-TRECHSEL/M. SEELMANN, Art. 48 N 16.

896 PC CP², Art. 48 N 17f.; CR CP I²-PELLET, Art. 48 N 29; STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 103; vgl. dazu auch HILLENKAMP (1981), 250 ff.

897 Botschaft, BBl 1999 II, 2061.

898 Komm. StGB²-KELLER, 44; MATHYS², Rz. 240; CR CP I²-PELLET, Art. 48 N 31f.; StGB PK⁴-TRECHSEL/M. SEELMANN, Art. 48 N 17; s.a. GETH⁷, Rz. 603.

seelische Belastung nun einen allgemeinen Strafmilderungsgrund für alle Straftaten dar.⁸⁹⁹ Wo eine besondere Bestimmung – wie etwa bei Art. 113 StGB – einen solchen Gemütszustand bereits privilegiert, hat Art. 48 lit. c StGB keine eigenständige Bedeutung mehr.⁹⁰⁰

Neben der alten Praxis zum Handeln aus Zorn oder grossem Schmerz ist somit insb. auf diejenige zum Affekt hinsichtlich Art. 113 StGB zurückzugreifen.⁹⁰¹ Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung stellt die heftige Gemütsbewegung einen besonderen psychologischen Zustand dar, der eher emotionalen als pathologischen Ursprungs ist und sich dadurch kennzeichnet, dass der Täter von starken Gefühlsregungen überwältigt wird und dadurch in seiner Fähigkeit, die Situation richtig zu analysieren oder sich selbst zu beherrschen, (teilweise) einschränkt ist.⁹⁰² Charakteristisch hierfür ist, dass der Täter unverzüglich auf ein Gefühl, das ihn übermannt, reagiert, ohne sein Verhalten kontrollieren zu können; als Beispiele werden etwa Wut, Eifersucht, Jähzorn, Angst oder Verzweiflung genannt.⁹⁰³ Beim Handeln unter grosser seelischer Belastung besteht beim Täter ein psychischer Druckzustand, der, anders als beim Affekt, nicht plötzlich auftritt, sondern sich über einen längeren Zeitraum entwickelt, bis der Täter völlig verzweifelt und keinen anderen Ausweg mehr sieht als die Tatbegehung.⁹⁰⁴ Das Handeln unter grosser seelischer Belastung überschneidet sich weitgehend mit dem bereits behandelten Milderungsgrund der schweren Bedrängnis, womit eine eigenständige Anwendung in den meisten Fällen ausgeschlossen ist.⁹⁰⁵

899 EGE (2017), 178; JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 90.

900 BGer, Urteil 6B_517/2008 vom 27. August 2008, E. 5.3.2 («*Cette disposition de la partie générale ne trouve application que si les règles de la partie spéciale ne prennent pas déjà en considération la provocation de la victime [...]»*); 6B_829/2010 vom 28. Februar 2011, E. 5.4; EGE, ZStrR 2018, 496; StGB PK⁴-TRECHSEL/M. SEELMANN, Art. 48 N18; HK StGB⁴-WOHLERS, Art. 48 N7; ansonsten käme es zu einer Verletzung des Doppelverwertungsverbots, s. dazu hinten II.

901 Komm. StGB²-KELLER, 44; BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 48 N24; zum Affekt als Strafmilderungsgrund eingehend EGE (2017), 175 ff.; zur alten Lehre und Praxis s. HAFTER², 363 f.; G. MAURER (1945), 86 ff.; SCHULTZAT II⁴, 89; THORMANN/VON OVERBECK (1940), Art. 64 N10.

902 BGE 119 IV 202, E. 2a; 118 IV 233, E. 2a; BGer, Urteil 6B_88/2014 vom 10. November 2014, E. 4.2; 6B_246/2012 vom 10. Juli 2012, E. 2.4.1; CR CP I²-PELLET, Art. 48 N32.

903 EGE (2017), 179 f.; JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 91; MATHYS², Rz. 242.

904 BGE 147 IV 249, E. 2.3; 118 IV 233, E. 2a («*Le profond désarroi vise un état d'émotion qui mûrit pendant une longue période progressivement, couve pendant longtemps jusqu'à ce que l'auteur soit complètement désespéré et n'y voie d'autre issue que l'homicide [...]»*); BGer, Urteil 6B_305/2013 vom 22. August 2013, E. 4.3.2; 6B_384/2011 vom 21. November 2011, E. 2.2; JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 91 f.; PC CP², Art. 113 N16; CR CP I²-PELLET, Art. 48 N32; BSK StGB I⁴-SCHWARZENEGGER, Art. 113 N15.

905 EGE (2017), 183 ff.; STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N104; vgl. auch HK StGB⁴-WOHLERS, Art. 48 N7; gewisse Autoren wollen den Anwendungsbereich der grossen

Voraussetzung für den vorliegenden Milderungsgrund ist, dass nicht die Tat, wohl aber die heftige Gemütsbewegung oder die grosse seelische Belastung – obwohl das Gesetz dies für Letztere nicht explizit erwähnt – *entschuldbar* sein müssen.⁹⁰⁶ Dies bedeutet, dass die Gemütsbewegung oder die seelische Belastung nach den sie auslösenden Umständen menschlich begrifflich und verständlich erscheinen müssen und nicht ausschliesslich oder überwiegend auf der Schuld des Täters beruhen dürfen.⁹⁰⁷ Abnorme Elemente in der Persönlichkeit des Täters wie krankhafte Eifersucht oder besondere Erregbarkeit vermögen so etwa die Entschuldbarkeit der Gemütsbewegung nicht zu begründen.⁹⁰⁸ Für die Feststellung der Entschuldbarkeit ist damit eine objektive Bewertung nach ethischen Gesichtspunkten vorzunehmen.⁹⁰⁹

Das Bundesgericht hat schliesslich in seiner neueren Rechtsprechung zu Art. 48 lit. c StGB festgehalten, dass die für den Mord nach Art. 112 StGB typische Skrupellosigkeit die Bejahung der Strafmilderungsgründe der heftigen Gemütsbewegung und der grossen seelischen Belastung ausschliesse.⁹¹⁰

vii. *Betätigung aufrichtiger Reue*

Zu mildern ist die Strafe des Weiteren dann, wenn der Täter nach Art. 48 lit. d StGB aufrichtige Reue betätigt, namentlich den Schaden, soweit es ihm zuzumuten war, ersetzt hat. Die Betätigung aufrichtiger Reue war schon in einigen kantonalen Strafgesetzbüchern bekannt,⁹¹¹ fand darauf durch CARL STOOSS

seelischen Belastung und der heftigen Gemütsbewegung auf Delikte eingrenzen, die sich gegen die wichtigsten Rechtsgüter richten (Leben, sexuelle Integrität), und in den übrigen Fällen den Milderungsgrund der schweren Bedrängnis anwenden, so etwa Komm. StGB²-KELLER, 44; MAHEIM, in: Kuhn et al. (2006), 230; PIGNAT, in: Kuhn et al. (2004), 37f. Eine solche Auslegung findet im gesetzlichen Wortlaut jedoch keine Stütze.

906 BGE 147 IV 249, E. 2.2; 81 IV 150, E. 3; BGer, Urteil 6B_876/2010 vom 19. April 2011, E. 2.2; EGE (2017), 182 f., 243 ff.; JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 91 f.; CR CP I²-PELLET, Art. 48 N 32; StGB PK⁴-TRECHSEL/GETH, Art. 113 N 8; BSK StGB I⁴-SCHWARZENEGGER, Art. 113 N 8 ff. m.w.H.

907 BGer, Urteil 6B_1149/2015 vom 29. Juli 2016, E. 3.1; JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 91; MATHYS², Rz. 244; BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 48 N 28.

908 BGE 107 IV 103, E. 2b/bb («*Krankhafte Veranlagung des Täters vermag die Entschuldbarkeit einer an sich verständlichen Reaktion nicht zu begründen. Abnorme Elemente in der Persönlichkeit des Täters sind bei der Bemessung der konkreten Tatsache zu berücksichtigen, nicht bei der Beurteilung der Entschuldbarkeit, die nach allgemein ethischen Gesichtspunkten zu erfolgen hat [...]*»); BGer, Urteil 6B_187/2015 vom 28. April 2015, E. 5.3 («*Si, au moment des faits, il a ressenti de la frustration et des douleurs, cela résulte de ses propres excès à l'égard de la partie plaignante qui s'est rebellée [...]*»); JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 91; MATHYS², Rz. 245; CR CP I²-PELLET, Art. 48 N 33.

909 BGer, Urteil 6B_1149/2015 vom 29. Juli 2016, E. 3.1; EGE (2017), 181; vgl. auch BGE 147 IV 249, E. 2.2.

910 BGE 147 IV 249, E. 2.5.

911 Siehe Zusammenstellung/1890, 400.

in den ersten Vorentwurf von 1893 Eingang und hat sich ohne wesentliche Änderungen bis ins heutige Strafgesetzbuch erhalten. Anders als bei den bisher behandelten Strafmilderungsgründen geht es bei der Betätigung aufrichtiger Reue um ein Verhalten des Täters *nach* Vollendung der Tat.⁹¹² Insofern lässt sich fragen, was ein solches Nachtatverhalten für einen Zusammenhang mit der Tatschuld zeitigt und aus welchem Grund es zu einer Strafmilderung führen soll.⁹¹³ Schon die frühere Lehre, insb. EMIL ZÜRCHER in den Erläuterungen zum Vorentwurf von 1908⁹¹⁴ sowie in den Beratungen der zweiten Expertenkommission 1912, wies darauf hin, dass die Betätigung aufrichtiger Reue *keinen direkten Einfluss* auf die Grösse der Tatschuld habe. Sie sei jedoch gleichwohl ein Indiz für die betreffende Schuldgrösse, da sie als Erkenntnisquelle für die Täterpersönlichkeit dienen könne und so etwa zeige, wie wenig die Straftat in der Persönlichkeit des Täters «wurzelte» bzw. «wie gering die Persönlichkeitsadäquanz des Verschuldens» sei.⁹¹⁵ Auch das Bundesgericht hat sich dieser Meinung angeschlossen und in seiner Rechtsprechung festgehalten, dass sich aus dem Nachtatverhalten Anhaltspunkte für die Beurteilung der Täterpersönlichkeit ergäben.⁹¹⁶

Ein solcher indirekter Rückschluss auf die Schuld ist jedoch nicht unproblematisch, da er hinsichtlich der inneren Situation des Täters erstens sehr schwierig durchzuführen und zweitens höchstens in sehr begrenztem Ausmass möglich ist.⁹¹⁷ Von einem Teil der Lehre wurde diese Begründung der Bestimmung von Art. 48 lit. d StGB entsprechend auch angezweifelt.⁹¹⁸ HANS DUBS hielt in diesem Sinne fest, dass der Gedanke hinter der Bestimmung

912 DONGOIS et al.⁴, 137; G. MAURER (1945), 88; PC CP², Art. 48 N 24; SCHWANDER², Rz. 390.

913 Siehe dazu auch hinten I.D.2.b.a2.iii.

914 Erläuterungen VE-StGB/1908, 101.

915 Erläuterungen VE-StGB/1908, 101; Votum Zürcher, Protokoll-I/1912, 362 («Daher wird abgestellt auf Motive, die nicht auf einen verdorbenen Charakter schliessen lassen, [...] auf die Widerlegung der Annahme, dass im Täter das Vergehen feste Wurzeln habe [tätige Reue]»); HAFTER², 355 Fn. 1; G. MAURER (1945), 88; s. aber auch MKG, Urteil Nr. 25 vom 28. Februar 1938, 3. Band (1936-1940), E. E., in welchem das Gericht festhielt, dass ein Nachtatverhalten bei der Strafzumessung keine Rolle spielen und sich vorliegend insb. nicht zuungunsten des Täters auswirken dürfe («Es fragt sich jedoch, ob diese Tatsachen nach den gesetzlichen Straf bemessungsregeln überhaupt als ausschlaggebend berücksichtigt werden durften. Das muss verneint werden. Art. 44 MStG führt diejenigen Umstände, die zu berücksichtigen sind, erschöpfend auf. Dort handelt es sich aber durchwegs um Kriterien, die sich auf die Verhältnisse bei oder vor der Tat beziehen. Das Verhalten nach der Tat [insbesondere das Verhalten im Strafverfahren] dagegen kann bei der Strafzumessung keine Rolle spielen»).

916 BGE 113 IV 56, E. 4C («Bei der Beurteilung der Persönlichkeit sind unter anderem auch Einsicht und Reue bzw. deren Fehlen mitzubersichtigen [...]»); s.a. 129 IV 6, E. 6.1.

917 STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 56.

918 DUBS, in: FG SJ, 18; STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 53.

vielmehr sei, dass derjenige Täter, der seine Tat aufrichtig bereue, die Schuld «gewissermassen abträgt» bzw. nachträglich vermindere.⁹¹⁹ So hielt auch die Botschaft zum Strafgesetzbuch im Jahre 1918 fest, dass der Täter durch seine Reue als Nachtatverhalten «selber an seiner sittlichen Wiederaufrichtung gearbeitet und dadurch einen Teil der Wirkung der Strafe selber erzielt» habe.⁹²⁰ Dadurch liesse sich eine Strafmilderung (indirekt) wieder mit dem der Strafzumessung zugrundeliegenden Schuldprinzip vereinbaren.⁹²¹ Doch auch wenn man eine direkte Verbindung zur Schuld verneint, spricht dies nicht zwingend gegen diesen Milderungsgrund. Wie noch zu sehen sein wird, wird in der Praxis und Lehre die Meinung vertreten, dass neben der Schuld auch noch andere, präventive Umstände Einfluss auf die Strafzumessung i.e.S. haben können.⁹²² Weist man der Strafe etwa auch die symbolische Funktion der Bekräftigung des Geltungsanspruchs der verletzten Norm im Sinne der positiven Generalprävention zu, so könnte man die Reue in diesem Sinne auch als – wenn mithin verspätete – Anerkennung derselben verstehen und eine geringere Strafbedürftigkeit annehmen.⁹²³ Des Weiteren hat bereits ERNST HAFTER festgehalten, dass das Nachtatverhalten v.a. bei der die Strafzumessung i.w.S. betreffenden Entscheidung, ob der bedingte Strafvollzug zu gewähren sei, eine Rolle spiele.⁹²⁴

Konkret statuiert das Gesetz für die Anwendung des Milderungsgrunds etwa, dass der entstandene Schaden ersetzt werden müsse, soweit es dem Täter zugemutet werden könne.⁹²⁵ Die Bestimmung nennt diese Möglichkeit explizit, doch ist es auch möglich, die aufrichtige Reue auf andere Weise zu betätigen.⁹²⁶ Verlangt wird nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung allgemein «eine besondere Anstrengung von Seiten des Fehlbaren, die er freiwillig, nicht nur vorübergehend und nicht nur unter dem Druck des drohenden oder

919 DUBS, in: FG SJ, 18; vgl. etwa auch die verschiedenen Theorien bei MASLEN (2015), 21 ff.

920 Botschaft, BBl 1918 V, 24.

921 So auch DUBS, in: FG SJ, 18; s.a. STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 53.

922 Siehe dazu eingehend hinten I.D.2.a.a2.

923 Für ein fehlendes Verhältnis zur Tatschuld, aber eine herabgesetztes Strafbedürfnis CR CP I²-PELLET, Art. 48 N 36; BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 48 N 30.

924 HAFTER², 355 Fn. 1.

925 Eine blosser Anerkennung des Schadens ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht ausreichend, da der Täter noch keine besonderen Einschränkungen auf sich genommen und damit keinen greifbaren Beweis seiner Reue erbracht habe, s. BGer, Urteil 6B_680/2012 vom 11. Januar 2013, E. 2.1.

926 BGE 121 IV 202, E. d/cc; 107 IV 98, E. 1; BGer, Urteil 6B_1275/2017 vom 20. Juni 2018, E. 2.2; 6B_714/2012 vom 17. September 2013, E. 6.2.1; KILLIAS et al.², Rz. 1019; CR CP I²-PELLET, Art. 48 N 37; STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 105; BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 48 N 30; mit Beispielen StGB PK⁴-TRECHSEL/M. SEELMANN, Art. 48 N 23.

hängigen Strafverfahrens erbringen muss». ⁹²⁷ Wer sich erst unter dem Druck des drohenden Verfahrens zu einer besonderen Anstrengung herbeilasse, bekunde keine aufrichtige Reue, sondern handle aus taktischen Gründen und verdiene deshalb keine besondere Milde. ⁹²⁸ Verlangt wird somit eine aktive Anstrengung des Täters, eine reine Beteuerung von Reue oder blosses Wohlverhalten seit der Tat genügen somit nicht. ⁹²⁹ Ein solches Verhalten kann sich jedoch im Rahmen von Art. 47 StGB allenfalls *strafmindernd* auswirken. ⁹³⁰

Die Praxis berücksichtigt etwa Geständnisse strafmindernd, wenn sie Ausdruck von Einsicht und Reue des Täters sind. ⁹³¹ Das Bundesgericht ist in seiner Rechtsprechung jedoch dahin übergegangen, ein Geständnis insb. dann strafmindernd zu berücksichtigen, wenn dieses «zur Vereinfachung und Verkürzung des Verfahrens und zur Wahrheitsfindung beitragen kann». ⁹³² Erleichtere das Geständnis die Strafverfolgung hingegen nicht, etwa weil der Täter nur aufgrund einer erdrückenden Beweislage oder gar erst nach Ausfällung des erstinstanzlichen Urteils geständig geworden sei, sei von einer Strafminderung abzusehen. ⁹³³ Dieser Interpretation von Reue ist zu widersprechen. Eine solche Auslegung des Minderungsgrundes ist unvereinbar mit den Grundprinzipien der Strafzumessung, die auf dem Verschulden des Täters beruht. Verneint man die Anwendung einer Strafminderung aufgrund fehlender Hilfe zur Verkürzung und Vereinfachung des Verfahrens, wird der Bezug zur Tatschuld – sofern man diesen denn bei diesem Milderungsgrund überhaupt als gegeben ansieht – grundsätzlich aufgegeben und eine allfällige Minderung nur noch mit der Effizienz der Strafverfolgung begründet. Aufrichtige Reue muss nicht zwingend mit einer Tataufdeckung zusammenhängen, sondern ist unabhängig von ihr zu berücksichtigen. Entsprechend kann auch ein spätes Geständnis noch Ausdruck von aufrichtiger Reue sein. ⁹³⁴

927 BGE 107 IV 98, E. 1; 73 IV 159, E. 2.

928 BGE 96 IV 108, 109 (Erwägungen unnummeriert); s.a. PAREIN (2010), 169; vgl. aber auch BGer, Urteil 6S.300/2004 vom 16. Februar 2005, E. 1.

929 BGE 73 IV 159, E. 2; StGB PK⁴-TRECHSEL/M. SEELMANN, Art. 48 N 21 m.w.H.

930 JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 93.

931 BGE 121 IV 202, E. 2d/cc.

932 BGer, Urteil 6B_282/2018 vom 24. August 2018, E. 2.6; 6B_891/2017 vom 20. Dezember 2017, E. 3.5.2; 6B_312/2016 vom 23. Juni 2016, E. 1.3.2; 6B_759/2014 vom 24. November 2014, E. 3.2; 6B_473/2011 vom 13. Oktober 2011, E. 5.4; 6B_426/2010 vom 22. Juli 2010, E. 1.5; 6B_866/2009 vom 22. Februar 2010, E. 1.3.3.

933 BGer, Urteil 6B_891/2017 vom 20. Dezember 2017, E. 3.5.2; 6B_312/2016 vom 23. Juni 2016, E. 1.3.2; 6B_759/2014 vom 24. November 2014, E. 3.2; 6B_473/2011 vom 13. Oktober 2011, E. 5.4.

934 So auch StGB PK⁴-TRECHSEL/M. SEELMANN, Art. 48 N 20; vgl. auch SSW StGB⁵-ESCHELBACH, § 46 N 20.

Noch kritikwürdiger ist die Praxis des Bundesgerichts, dass *fehlende* Reue und Einsicht *straferhöhend* berücksichtigt werden dürfe.⁹³⁵ Einerseits können die Gründe für fehlendes Zeigen von Reue äusserst komplex und vielfältig sein, andererseits sind rechtsstaatliche Bedenken gegenüber einem dadurch geförderten «Geständnisdruck» zu erheben.⁹³⁶ So würde es einer auf dem *Nemo-tenetur*-Grundsatz basierenden Verteidigungsstrategie zuwiderlaufen, wenn von einem mutmasslichen Täter verlangt würde, sich selbst zu belasten, um eine Straferhöhung zu vermeiden.⁹³⁷ So bemerkt DUBS passend, dass einem Beschuldigten nicht zur Last gelegt werden könne, wenn er «sich seiner Haut wehrt».⁹³⁸ Doch auch in Bezug auf die Tatschuld ist hier fraglich, inwiefern das Fehlen von Reue diese beeinflussen soll. Man mag nun wieder argumentieren können, dass sich dadurch ein Rückschluss auf die Motive sowie die Täterpersönlichkeit ziehen lasse. Doch kann in einem solchen Fall höchstens das Vorliegen des Milderungsgrunds verneint werden; was aber nicht daraus abgeleitet werden kann, ist eine rückwirkende Erhöhung der Schuld aufgrund fehlender Einsicht und Reue. Zeigt der Täter keine aufrichtige Reue, ist dies daher neutral, d.h. weder strafmildernd bzw. strafmindernd noch straf erhöhend, zu berücksichtigen.⁹³⁹

Abschliessend gilt es noch zu bemerken, dass der Milderungsgrund der aufrichtigen Reue einerseits vom Rücktritt und der tätigen Reue beim Versuch gem. Art. 23 StGB (ebenfalls Milderung oder sogar Absehen von Bestrafung möglich) sowie andererseits von der Wiedergutmachung nach Art. 53 StGB (Absehen von Strafverfolgung, einer Überweisung an das Gericht oder einer Bestrafung) abzugrenzen ist.⁹⁴⁰

935 So etwa BGE 113 IV 56, E. 4c («Dies bedeutet aber nicht, dass ein entsprechendes Verhalten bei der Beurteilung der Täterpersönlichkeit im Rahmen der Strafzumessung nicht berücksichtigt werden dürfe [...]». Dass aber fehlende Reue und Einsicht straf erhöhend gewertet werden dürfen, lässt sich mit Art. 63 StGB vereinbaren [...]»); BGer, Urteil 6B_162/2011 vom 8. August 2011, E. 7.4; 6B_992/2008 vom 5. März 2009, E. 5.2; 6B_742/2007 vom 10. Januar 2008, E. 2.1 («[...] le comportement de l'accusé qui rend plus difficile l'enquête pénale par des dénégations opiniâtres, dont on peut déduire une absence de remords et de prise de conscience de sa faute, peut constituer un facteur aggravant de la peine»).

936 DUBS, in: FG SJ, 18f.; STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 55ff.; BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 173; HK StGB⁴-WOHLERS, Art. 47 N 18; krit. auch StGB PK⁴-TRECHSEL/M. SEELMANN, Art. 47 N 23; zur Kritik in der deutschen Lehre s. BRUNS² (1985), 237; SCHÄFER/SANDER/VANGEMMEREN⁶, Rz. 674; s. zur Problematik des *guilty plea* im angelsächsischen Raum ASHWORTH⁶, 186f.; BROWN (2017), 206ff.; WALKER/PADFIELD², 42f.; vgl. auch BOMMER, ZSR 2009 II, 70ff.

937 Zur gleichen Problematik bei Art. 53 StGB s. PFLAUM/WENT, forumpoenale 2014, 140f.; s. zum Verhältnis zwischen Wiedergutmachung und dem *nemo-tenetur*-Grundsatz auch KASPAR (2004), 136ff.

938 DUBS, in: FG SJ, 19.

939 So auch STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 56; SUMMERS (2022), 81f.

940 JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 67, 92 m.w.H.; StGB PK⁴-TRECHSEL/M. SEELMANN, Art. 48 N 19.

viii. Zeitablauf

Der letzte in Art. 48 StGB genannte Milderungsgrund kommt zur Anwendung, wenn das Strafbedürfnis in Anbetracht der seit der Tat verstrichenen Zeit deutlich vermindert ist und der Täter sich in dieser Zeit wohlverhalten hat (lit. e). Die Bestimmung entspricht inhaltlich im Wesentlichen dem bis zur Revision des Allgemeinen Teils geltenden Recht, nach dessen Art. 64 StGB/1937 das Gericht die Strafe mildern konnte, wenn seit der Tat verhältnismässig lange Zeit verstrichen war und der Täter sich während dieser Zeit wohlverhalten hatte. Die Bestimmung wurde zwar neu formuliert, inhaltlich jedoch nicht verändert.⁹⁴¹ Wie beim letzten Milderungsgrund geht es auch hier nicht um eine geringere Tatschuld, sondern um ein *herabgesetztes Strafbedürfnis* aufgrund des Zeitablaufs⁹⁴², wobei jedoch u.U. zumindest durch das zusätzlich geforderte Wohlverhalten des Täters während dieser Zeit eine Verbindung mit dem Verschulden des Täters hergestellt werden könnte.⁹⁴³ Dieser Zusammenhang wird vom Gesetz nun auch explizit genannt. Durch die Überlegung der «heilenden Wirkung der Zeit» knüpft dieser Milderungsgrund zudem an den Gedanken der Verjährung an, wonach nach Ablauf einer festen Zeitspanne überhaupt keine Strafe mehr ausgesprochen werden darf.⁹⁴⁴ Entsprechend rechtfertigt es sich, eine Strafe in vollem Masse auszuschliessen, wenn der Ablauf der Verjährungsfrist näher rückt.⁹⁴⁵

Konkret vorausgesetzt ist erstens der Ablauf einer gewissen Zeit seit der Tat. Das Bundesgericht hat in seiner älteren Rechtsprechung festgehalten, dass für die Anwendung des Milderungsgrunds im Zeitpunkt der Strafverfolgung die Verjährung «nahe» sein müsse.⁹⁴⁶ Diese Auslegung wurde auch durch die ursprünglichen Versionen der Vorentwürfe von CARL STOOSS gestützt, wo bis zum Vorentwurf von 1916 die Nähe zur Verjährung explizit in der betreffenden Bestimmung festgehalten wurde (Art. 50 VE-StGB/1908: «wenn das Verbrechen nahezu verjährt ist»⁹⁴⁷). In seiner neueren Rechtsprechung – aber immer noch zum alten Recht – änderte das Bundesgericht seine Praxis dahingehend, dass

941 Botschaft, BBl 1999 II, 2061.

942 BGE 140 IV 145, E. 3.1; 132 IV 1, E. 6.1; BGer, Urteil 6B_14/2009 vom 11. Juni 2009, E. 2.1; JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 93; Komm. StGB²-KELLER, 45; MATHYS², Rz. 339; G. MAURER (1945), 91; PC CP², Art. 48 N 31; CR CP I²-PELLET, Art. 48 N 41.

943 Vgl. hinten I.D.2.b.a2.iii.

944 GETH⁷, Rz. 603; HAFTER², 364; THORMANN/VON OVERBECK (1940), Art 64 N 13; StGB PK⁴-TRECHSEL/M. SEELMANN, Art. 48 N 24.

945 So schon STOOSS in Motive VE-StGB/1893, 75.

946 BGE 115 IV 95, E. 3; 102 IV 198, E. 5; 92 IV 201, E. Ia.

947 Zur Diskussion in den Expertenkommissionen über diesen Milderungsgrund s. G. MAURER (1945), 90 ff.

verhältnismässig lange Zeit i.S.v. Art. 64 StGB/1937 in jedem Fall bereits dann verstrichen sei, wenn *zwei Drittel* der (Verfolgungs-)Verjährungsfrist abgelaufen seien und sich der Täter während dieser Zeit wohlverhalten habe.⁹⁴⁸ Das Gericht kann richtigerweise diesen Strafmilderungsgrund jedoch auch schon nach weniger als zwei Dritteln der Verjährungsfrist anwenden, «pour tenir compte de la nature et de la gravité de l'infraction».⁹⁴⁹ Diese Rechtsprechung hat auch nach dem Inkrafttreten des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches im Jahr 2007 weiterhin Bestand.⁹⁵⁰ Der entscheidende Zeitpunkt hinsichtlich der Zweidrittels-Frage ist gemäss Bundesgericht der Moment der Ausfällung des Sachurteils.⁹⁵¹ Im Falle eines möglichen Rechtsmittels mit aufschiebender Wirkung – wie bei der Berufung nach Art. 402 StPO – kann aber erst der Zeitpunkt des zweitinstanzlichen Entscheids entscheidend sein.⁹⁵² Bei unverjährbaren Delikten schreibt Art. 101 Abs. 2 StGB als *lex specialis* eine fakultative Strafmilderung vor, wenn die Strafverfolgung bei Anwendung der Art. 97 und 98 StGB verjährt wäre.⁹⁵³ In welchem Umfang die Strafe zu reduzieren ist, hängt davon ab, wie viel Zeit zum massgebenden Zeitpunkt der Ausfällung des Urteils seit der Tat verstrichen ist.⁹⁵⁴

Zweitens muss sich der Täter seit der Tatbegehung wohlverhalten haben. Dies ist gegeben, wenn er in der Zwischenzeit keine weiteren Straftaten begangen hat.⁹⁵⁵ Eine solche Legalbewährung hat zu genügen, womit «sonstiges anstössiges Verhalten»⁹⁵⁶ keinen Einfluss auf das vom Gesetz verlangte

948 BGE 132 IV 1, E. 6.2; DONGOIS et al.⁴, 137.

949 BGE 132 IV 1, E. 6.2; BGer, Urteil 6B_113/2013 vom 25. April 2013, E. 1.4.

950 BGE 140 IV 145, E. 3.1 («*Cette condition est en tout cas réalisée lorsque les deux tiers du délai de prescription de l'action pénale sont écoulés [...]*»); BGer, Urteil 6B_1074/2020 vom 3. Februar 2021, E. 3.2.

951 BGE 140 IV 145, E. 3.1; 132 IV 1, E. 6.2.1; 115 IV 95, E. 3; BGer, Urteil 6B_1074/2020 vom 3. Februar 2021, E. 3.2; 6B_209/2019 vom 13. November 2019, E. 4.3; 6S.282/2005 vom 31. Januar 2007 E. 3.5.

952 BGE 140 IV 145, E. 3.1 («*Pour déterminer si l'action pénale est proche de la prescription, le juge doit se référer à la date à laquelle les faits ont été souverainement établis, et non au jugement de première instance [...]. Ainsi, lorsque le condamné a fait appel, il faut prendre en considération le moment où le jugement de seconde instance a été rendu dès lors que ce recours a un effet dévolutif [...]*»); darauf wies auch das Bundesgericht vor Einführung der Schweizerischen Strafprozessordnung hin, wenn die Appellation erklärt worden sei und dieser nach dem jeweiligen kantonalen Prozessrecht Devolutiv- und Suspensivwirkung zukomme, BGE 115 IV 95, E. 3; CR CP I²-PELLET, Art. 48 N 43.

953 BGE 140 IV 145, E. 3.2.

954 BGer, Urteil 6B_1074/2020 vom 3. Februar 2021, E. 3.2; 6B_1053/2018 vom 26. Februar 2019, E. 3.3.

955 SCHULTZ AT II⁴, 90.

956 In diesem Sinne etwa noch SCHULTZ AT II⁴, 90, gemeint wohl im Sinne einer moralisch anstössigen Lebensführung; ebenso BRINER (1978), 143 f.

Wohlverhalten haben kann.⁹⁵⁷ Selbst erneute Straffälligkeit in leichtem Masse darf nach langem Zeitablauf nicht automatisch zum Ausschluss des Milderungsgrunds führen, ohne die konkreten Umstände zu berücksichtigen. Dass eine Strafe zu mildern ist, wenn sich der Täter über die geforderte lange Zeit wohlverhalten hat, ist insb. hinsichtlich des vom Bundesgericht wiederholt betonten Strafzwecks der Resozialisierung des Verurteilten zu begrüssen.⁹⁵⁸ Hat sich der Täter jahrelang nichts zu Schulden kommen lassen, würde er durch eine gleich hohe Strafe eher aus einer günstigen Entwicklung herausgerissen.

a2. Der besondere Milderungsgrund der verminderten Schuldfähigkeit (Art. 19 Abs. 2 StGB)

Einen besonderen Strafmilderungsgrund stellt derjenige der verminderten Schuldfähigkeit nach Art. 19 Abs. 2 StGB dar, welchem in der Praxis eine überaus grosse Bedeutung zukommt.⁹⁵⁹ Daher soll er im Folgenden, insb. auch im Lichte der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung, genauer betrachtet werden. Gemäss Art. 19 Abs. 2 StGB mildert das Gericht die Strafe, wenn der Täter zur Zeit der Tat nur *teilweise* fähig war, das Unrecht seiner Tat einzusehen oder gemäss dieser Einsicht zu handeln. Im Gegensatz zu Art. 19 Abs. 1 StGB, wonach der Täter überhaupt nicht bestraft werden darf, sofern er in *keiner Weise* fähig war, das Unrecht seiner Tat einzusehen (Einsichtsfähigkeit) oder gemäss dieser Einsicht zu handeln (Steuerungsfähigkeit), ist der Täter zwar schuldfähig; ihm wird nach Abs. 2 die Tat aufgrund einer psychischen Beeinträchtigung⁹⁶⁰ jedoch *nicht vollständig* vorgeworfen. Statt zu einem Ausschluss der Schuldfähigkeit führt die Störung nur zu einer Verringerung derselben.⁹⁶¹ Es handelt sich daher bei Art. 19 Abs. 2 StGB nicht um eine Frage der Straf begründung, sondern der Strafzumessung.⁹⁶²

957 So auch MATHYS², Rz. 342; STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 106; BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 48 N 42; HK StGB⁴-WOHLERS, Art. 48 N 9; vgl. aber StGB PK⁴-TRECHSEL/M. SEELMANN, Art. 48 N 25, wonach u.U. eine absichtliche Verzögerung durch den Täter zu beachten wäre.

958 Siehe etwa BGE 119 IV 125, E. 3b («[...] dient das Strafrecht in erster Linie nicht der Vergeltung, sondern der Verbrechensverhütung. Sanktionen, die den Betroffenen aus einer günstigen Entwicklung herausreissen, sind deshalb nach Möglichkeit zu vermeiden [...]»); 118 IV 342, E. 2f; vgl. auch BGE 143 IV 1, E. 5.4.1.

959 Siehe dazu OFK StGB²¹-HEIMGARTNER, Art. 48a N 4; JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 109; BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 48a N 8.

960 Zu den Gründen vermindelter Schuldfähigkeit s. eingehend BSK StGB I⁴-BOMMER/DITTMANN, Art. 19 N 60 ff.; AK StGB-MAUSBACH/STRAUB, Art. 19 N 21.

961 BSK StGB I⁴-BOMMER/DITTMANN, Art. 19 N 56; JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 109; AK StGB-MAUSBACH/STRAUB, Art. 19 N 20; CR CP I²-MOREILLON, Art. 19 N 26.

962 BSK StGB I⁴-BOMMER/DITTMANN, Art. 19 N 59; AK StGB-MAUSBACH/STRAUB, Art. 19 N 19.

Dem Strafmilderungsgrund der verminderten Schuldfähigkeit kam – im Gegensatz zu denjenigen Milderungsgründen aus Art. 48 StGB – schon seit den Vorentwürfen von CARL STOOSS eine herausragende Bedeutung zu. Bereits der erste Vorentwurf von 1893 sah in Art. 9 vor, dass im Falle der Beeinträchtigung der geistigen Gesundheit oder des Bewusstseins des Täters die Strafe zu mildern sei. Im darauffolgenden Vorentwurf von 1894 fand sich in Art. 8 Abs. 2 auch schon der Hinweis, dass die Strafe in einem solchen Fall «unbeschränkt» gemildert werden müsse.⁹⁶³ Art. 37 Abs. 3 enthielt hierzu weitere Ausführungen, wonach in einem solchen Fall die Strafe über das in Art. 37 Abs. 1 grundsätzlich vorgesehene Mass hinaus gemildert werden könne. Eine vergleichbare Formulierung enthielt zwei Jahre später Art. 40 § 2 VE-StGB/1896: «Mildert der Richter die Strafe nach freiem Ermessen, so kann er Art und Mass der angeordneten Strafe unbeschränkt mildern.» Dies bedeutete, dass das Gericht nicht – wie in den anderen Fällen von Art. 39 i.V.m. Art. 40 § 1 VE-StGB/1896 – an feste Strafsätze gebunden war.⁹⁶⁴

Schon früh kam jedoch Kritik an einer solchen Einteilung auf. PLACID MEYER VON SCHAUENSEE brachte etwa wiederholt vor, dass die verminderte Zurechnungsfähigkeit nicht separat zu regeln sei, sondern – auch aus Gründen der Übersichtlichkeit – ebenfalls in den Katalog der Strafmilderungsgründe von Art. 37 VE-StGB/1893 (heute Art. 48 StGB) gehöre.⁹⁶⁵ Die Milderung solle nämlich nicht unbeschränkt erfolgen, sondern auch hier die Strafe nicht unter das in Art. 38 VE-StGB/1893 vorgesehene Mass gesenkt werden können. Sei nämlich die Selbstbestimmung des Täters in einem so hohen Grad beeinträchtigt, so liege bereits ein Strafausschlussgrund im Sinne einer umfassenden Unzurechnungsfähigkeit (Art. 8 VE-StGB/1893) vor.⁹⁶⁶ In den Beratungen der Expertenkommission von 1896 entgegnete CARL STOOSS diesen Einwänden, dass der Milderungsgrund der verminderten Zurechnungsfähigkeit weiterhin eine unbeschränkte Strafmilderung zulasse und aufgrund dieser Spezialstellung keine Aufnahme in den Katalog der Milderungsgründe nach festen Strafsätzen finden könne.⁹⁶⁷ Die im Entwurf genannten Strafmilderungsgründe wurden daraufhin ohne weiteren Widerspruch der übrigen Experten genehmigt.⁹⁶⁸

963 Art. 8 Abs. 2:

«War die geistige Gesundheit oder das Bewusstsein des Thäters nur beeinträchtigt oder war er geistig mangelhaft entwickelt, so mildert der Richter die Strafe unbeschränkt (Art. 37 a. E.)»

964 Siehe zu den festen Strafsätzen vorne I.D.1.c.a.1.; vgl. auch Bericht VE-StGB/1896, 59.

965 Votum Meyer von Schauensee, Verhandlungen-II/1896, 449.

966 MEYER VON SCHAUENSEE, ZStrR 1894, 134 f.

967 Votum Stooss, Verhandlungen-II/1896, 449 f.

968 Verhandlungen-II/1896, 450.

Die (Vor-)Entwürfe des Strafgesetzbuchs erfuhren in dieser Hinsicht – abgesehen von redaktionellen Korrekturen – keine weiteren Anpassungen. In der Fassung des Gesetzes, das am 1. Januar 1942 in Kraft trat, war entsprechend im Falle der verminderten Schuldfähigkeit (bzw. der verminderten Zurechnungsfähigkeit) in Art. 11 i.V.m. Art. 66 StGB/1937 eine *zwingende* Strafmilderung nach *freiem Ermessen* vorgesehen.⁹⁶⁹ Diese zwingende Milderung hatte rund 30 Jahre Bestand, wurde jedoch mit der Teilrevision des Strafgesetzbuchs vom 18. März 1971 angepasst und zu einer nur noch *fakultativen* Strafmilderung (nach freiem Ermessen) abgeändert.⁹⁷⁰ Begründet wurde diese Anpassung damit, dass «nach den Erfahrungen der Praxis bei nur leichter Verminderung der Zurechnungsfähigkeit eine Milderung der Strafe nicht immer angebracht [sei]».⁹⁷¹ Damit stand es dem Gericht frei, im Einzelfall nur eine Strafminderung innerhalb des ordentlichen Strafrahmens vorzunehmen.⁹⁷² Dies bedeutete aber zumindest, dass im Falle verminderter Schuld das Ausfällen der nach dem jeweiligen Strafrahmen möglichen Höchststrafe nicht zulässig war.⁹⁷³

Mit Revision des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuchs, der am 1. Januar 2007 in Kraft trat, sah Art. 19 Abs. 2 StGB dagegen für die verminderte Schuldfähigkeit wieder eine *zwingende* Strafmilderung nach *freiem Ermessen* vor.⁹⁷⁴ Wie schon in den ersten Vorentwürfen des Strafgesetzbuchs sowie seit Inkrafttreten desselben im Jahre 1942 wird der Milderungsgrund weiterhin nicht im Rahmen der Strafmilderungsgründe von Art. 48 StGB aufgeführt, sondern ist aufgrund seiner herausragenden Bedeutung für die Strafzumessung separat in Art. 19 Abs. 2 StGB geregelt. Dies ist zu begrüssen, stellt das Ausmass an vorhandener Schuldfähigkeit doch aufgrund des dem Strafrecht zugrundeliegenden Schuldprinzips *die* massgebliche Grösse dar.⁹⁷⁵ Dies zeigt sich, wie erwähnt, bereits in Art. 19 Abs. 1 StGB, wonach ein Täter überhaupt nicht bestraft werden darf, sofern er völlig schuldunfähig ist. In der Lehre wird das Ausmass der Schuldfähigkeit daher zutreffenderweise als Verkörperung des «Rückgrats» der Strafzumessung bezeichnet.⁹⁷⁶ Die h.L. geht konsequenterweise davon

969 «[...] so mildert der Richter die Strafe nach freiem Ermessen (Art. 66)»; dazu DIEZ (1944), 60; HAFTER², 177, 360.

970 «[...] so kann der Richter die Strafe nach freiem Ermessen mildern (Art. 66)»; s. dazu BRINER (1978), 41 f.

971 AmtlBull SR 1967, 49.

972 BRINER (1978), 42; HAFTER², 360.

973 Vgl. BGE 129 IV 22, E. 6.2; 127 IV 101, E. 2b.

974 Siehe dazu Botschaft, BBl 1999 II, 2007.

975 BGE 134 IV 132, E. 6.1; 123 IV 1, E. 2; 118 IV 1, E. 2 («Die Bestimmungen über die Zurechnungsfähigkeit [...] sind Ausfluss des das ganze Strafrecht beherrschenden Schuldprinzips [...]»); BOMMER, ZBJV 2015, 358.

976 BSK StGB I⁴-BOMMER/DITTMANN, Art. 19 N 59.

aus, dass der Verminderung der Schuld bei der Strafzumessung *im ganzen Ausmass* Rechnung zu tragen ist.⁹⁷⁷ Dabei spielt es keine Rolle, ob die verminderte Schuldfähigkeit auf verminderter Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit (oder einer Kombination der beiden) beruht.⁹⁷⁸

Auch das Bundesgericht wies schon im Jahre 1945 darauf hin, dass die verminderte Schuldfähigkeit je nach ihrer Ausprägung die ganze Strafskala abdecke: «Diese Lösung ist der Mannigfaltigkeit der Fälle angepasst, denn wie die Zurechnungsfähigkeit vom geringsten bis zum höchsten Grade vermindert sein kann, muss der Richter die Strafe vom geringsten bis zum höchsten Grade mildern können.»⁹⁷⁹ In seiner Rechtsprechung statuierte das Bundesgericht zwar wiederholt, dass es eine lineare Milderung im Sinne fester Brüche oder Prozentzahlen ablehne, jedoch stehe «das Ausmass der strafrechtlich relevanten Schuld [...] in Beziehung zum Ausmass der Verminderung der Zurechnungsfähigkeit»,⁹⁸⁰ wodurch der Verminderung der Schuld – wie auch gemäss der h.L. – *im ganzen Ausmass* Rechnung zu tragen sei.⁹⁸¹ Zwar sei bei einer verminderten Schuldfähigkeit in leichtem, mittlerem oder starkem Grad nicht zwingend eine Strafreduktion in Höhe von 25 %, 50 % oder 75 % vorzunehmen, jedoch müsse ein gewisser Zusammenhang zwischen der festgestellten Herabsetzung der Schuldfähigkeit und ihren Folgen für die Strafe bestehen.⁹⁸² Nicht zulässig war es gemäss dem Bundesgericht mithin, bei einer in mittlerem Grad verminderten Schuldfähigkeit ohne Begründung nur eine Strafreduktion in Höhe von 40 % vorzunehmen.⁹⁸³ Im Ergebnis trug das Bundesgericht damit gleichwohl der verminderten Schuldfähigkeit linear Rechnung, auch wenn

977 JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 109; AK StGB-MAUSBACH/STRAUB, Art. 19 N 25; StGBPK⁴-TRECHSEL/M. SEELMANN, Art. 48a N 2; BSK StGBI⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 48a N 11; vgl. aber auch OFK StGB²¹-HEIMGARTNER, Art. 48a N 4 f.

978 Siehe etwa BGer, Urteil 6S.17/2002 vom 7. Mai 2002, E. 1c/aa.

979 BGE 71 IV 68, E. 1; so auch BÄR, SJZ 1918/1919, 271.

980 BGE 129 IV 22 123, E. 6.2 («*Le juge qui retient une responsabilité restreinte doit réduire la peine en conséquence, mais n'est pas tenu d'opérer une réduction linéaire [...]*»); 123 IV 49, E. 2c; BGer, unv. Urteil 6S.336/2000 vom 23. August 2000, E. 2.

981 BGE 134 IV 132, E. 6.2; BGer, Urteil 6S.367/2004 vom 26. Oktober 2005, E. 4.5.1; 6S.148/2004 vom 28. Juli 2004, E. 2.1.

982 BGE 129 IV 22 123, E. 6.2; s.a. BGE 134 IV 132, E. 6.2.

983 BGE 129 IV 22 123, E. 6.2; BGer, Urteil 6S.91/2005 vom 31. Mai 2005, E. 6 («*es [trifft] nicht zu, dass die Bejahung einer im mittleren Grad verminderten Zurechnungsfähigkeit zwingend zu einer Strafreduktion um 50 % führen muss. Allerdings hat der Richter bei einer geringfügigeren Reduktion diese plausibel zu begründen [...]*»); s.a. BGer, Urteil 6S.270/2006 vom 5. September 2006, E. 6.2.2, wo das Bundesgericht eine «*lediglich*» um 75 % reduzierte Strafe «*bei einer Verminderung der Zurechnungsfähigkeit am Rande der vollständigen Zurechnungsunfähigkeit*» kritisierte; BGer, unv. Urteil 6S.336/2000 vom 23. August 2000, E. 2.

es sich nicht auf feste Prozentzahlen festlegen wollte.⁹⁸⁴ Zuletzt hat sich das Bundesgericht jedoch deutlich(er) von einer linearen Abstufung der Schuldfähigkeit distanziert.⁹⁸⁵ Zwar ist eine mathematisch exakte Feststellung der Reduktion der Einsichts- und Steuerungsfähigkeit effektiv kaum möglich,⁹⁸⁶ da sich etwa die für die Bezeichnung des Ausmasses der noch vorhandenen Schuldfähigkeit gebräuchlichen sprachlichen Abstufungen (z.B. leichter Grad, leichter bis mittlerer Grad, schwere Verminderung)⁹⁸⁷ nur schwerlich in genaue prozentuale Anteile umgiessen lassen.⁹⁸⁸ Eine Verminderung der Schuldfähigkeit in mittlerem Grade kann so etwa alles abdecken, was nicht mehr (ganz) leicht oder (schon) schwer ist, und somit etwa von 25 %-75 % reichen.⁹⁸⁹ Jedoch darf aus diesem Grund nicht davon abgesehen werden, bei der Frage der noch vorhandenen Schuldfähigkeit einer linearen Abstufung zu folgen. Eine solche Vorgehensweise hat vielmehr als vorzugswürdig zu gelten, wenn zwischen vollständiger Schuldfähigkeit und Schuldunfähigkeit unterschiedlichste Abstufungen denkbar sein sollen.⁹⁹⁰ Die Weigerung des Bundesgerichts,

984 Vgl. dazu JENNY, ZBJV 2005, 359 f.; JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 109; STRATENWERTH AT II², § 6 N 91.

985 BGE 136 IV 55, E. 5.6 («[...] ist es abzulehnen, bei der Verminderung der Schuldfähigkeit einen genauen Raster etwa von 75 %, 50 % und 25 % oder eine lineare Abstufung zu verlangen [...]») unter Verweis auf BGE 76 IV 34, E. 2; BGer, Urteil 6B_460/2017 vom 12. Februar 2018, E. 3.4 («[...] le recourant perd toutefois de vue qu'une réduction purement mathématique d'une peine hypothétique, comme le permettait l'ancienne jurisprudence, n'entre désormais plus en ligne de compte, dès lors qu'elle restreint de manière inadmissible le pouvoir d'appréciation du juge [...]»).

986 So auch JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 143; STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 94; vgl. auch BGE 129 IV 22, E. 6.2 («il ne s'agit pas d'appliquer un tarif ou une relation mathématique, mais de tirer des conséquences raisonnables de la situation [...]»).

987 Siehe etwa BGE 134 IV 132, E. 6.1; 129 IV 22, E. 6.2; 118 IV 1, E. 2; BGer, Urteil 6B_611/2010 vom 26. April 2011, E. 4; 6B_417/2010 vom 9. Dezember 2010, E. 3.2; 6S.148/2004 vom 28. Juli 2004, E. 2; 6S.217/2002 vom 3. April 2003, E. 2.

988 Das gleiche Problem besteht bei der Festlegung der Höhe des Verschuldens an sich, vgl. dazu hinten I.D.2.c.

989 Vgl. auch JENNY, ZBJV 2005, 360.

990 So schon DIEZ (1944), 60 («Durch kann der Richter die Fälle von der verminderten bis zur vollen Zurechnungsfähigkeit in der Bemessung der Strafe gebührend abstufen [...]»); s.a. EGE (2017), 198 f.; JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 110 («Eine verminderte Schuldfähigkeit wirkt sich auf das gesamte Strafzumessungsverhalten und damit auch direkt – sprich in der Regel linear – auf die Strafe aus [...]»); STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 94 («[...] kann das Ausmass der Schuldfähigkeit [...] gar nicht anders denn durch annäherungsweise Quantifizierung erfasst werden [...]»); vgl. auch BGE 134 IV 132, E. 6.1 m.w.H. («[...] ist die Strafe bei einer Verminderung der Schuldfähigkeit in mittlerem Grade verglichen mit der Strafe, die für die gleiche Tat eines uneingeschränkt Schuldfähigen ausgefällt würde, in mittlerem Ausmass zu reduzieren [...]»); BGer, unv. Urteil 6S.336/2000 vom 23. August 2000, E. 2 («Entre la pleine responsabilité et l'irresponsabilité totale au sens de l'art. 10 CP, de multiples degrés sont envisageables [...]»); StGB PK⁴-TRECHSEL/FATEH-MOGHADAM, Art. 19 N 16.

fixe Zahlenvorgaben einzuführen, ist aber verständlich, da sich die Gerichte zwar auf die psychiatrischen Gutachten über den Grad der Einsichts- und Steuerungsfähigkeit des Täters abzustützen haben, die Frage der konkret für die Strafzumessung vorliegenden Schuldfähigkeit jedoch weiterhin eine vom Gericht selbst zu beantwortende Rechtsfrage darstellt, bei der dem Gericht ein Ermessensspielraum zukommt.⁹⁹¹

Da die Verminderung der Schuld im ganzen Ausmass zu berücksichtigen ist, ist die Strafe auch dann entsprechend dem Grad der Verminderung zu verringern, wenn die Tat in objektiver Weise schwer wiegt.⁹⁹² Auch dies ergibt sich daraus, dass gegen einen vollkommen Schuldunfähigen sogar im Falle äusserst schwerwiegender Tatkomponenten keine Strafe ausgesprochen werden kann.⁹⁹³ Liegt eine allfällige Gefährlichkeit des Täters vor, so muss dieser mit einer (schuldunabhängigen) Massnahme begegnet werden.⁹⁹⁴ In der Lehre finden sich jedoch auch gegenteilige Ansichten. So wird bspw. vorgebracht, dass «der Verminderung der Zurechnungsfähigkeit namentlich in der Rechtsprechung des Bundesgerichts [...] ein zu hoher Stellenwert zugebilligt» werde und dadurch die weiteren strafzumessungsrelevanten Umstände im Sinne der Tat- und Täterkomponenten zu wenig gewichtet würden.⁹⁹⁵ Denn selbst wer in seiner Einsichts- und Steuerungsfähigkeit erheblich eingeschränkt sei, besässe trotz allem noch die Möglichkeit, sein deliktisches Tun zu unterlassen; wer gleichwohl tätig werde, habe sich dafür in einem gewissen Masse strafrechtlich zu verantworten und solle einer «Einsatzstrafe» nicht entgehen können.⁹⁹⁶ Dieser Ansicht widersprach das Bundesgericht in BGE 134 IV 132 noch mit Nachdruck. Es wies richtigerweise darauf hin, dass die Tatkomponenten einem vermindert schuldfähigen Täter bei der Strafzumessung nur in Höhe der noch vorhandenen Schuldfähigkeit zugerechnet werden könnten.

991 Vgl. BGE 134 IV 132, E. 6.2; PC CP², Art. 48a N 21; BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 48a N 11; das Bundesgericht hat in einzelnen Entscheiden aber eine Relativierung der eigenen Aussagen vorgenommen und ist scheinbar selbst von festen Prozentzahlen ausgegangen, s. etwa BGer, Urteil 6S.547/2006 vom 1. Februar 2007, E. 4.3 («*Dans le cas présent, puisque la cour cantonale n'a pas précisé dans quelle proportion elle a atténué la peine pour tenir compte de la légère diminution de responsabilité du recourant, il y a lieu de partir de l'idée qu'elle a appliqué le facteur de réduction de 25% retenu par la jurisprudence, sous réserve de motifs particuliers justifiant l'application d'un autre facteur, en cas de responsabilité légèrement diminuée [...]»*).

992 BGE 134 IV 132, E. 6.1; 118 IV 1, E. 2; BGer, Urteil 6S.367/2004 vom 26. Oktober 2005, E. 4.5.1; PC CP², Art. 48a N 21; BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 48a N 10.

993 BGE 118 IV 1, E. 2; 134 IV 132, E. 6.1.

994 BGE 123 IV 1, E. 2; BGer, Urteil 6S.367/2004 vom 26. Oktober 2005, E. 4.5.1; s.a. BGE 134 IV 132, E. 6.4.

995 MATHYS, SJZ 2004, 177.

996 MATHYS, SJZ 2004, 177.

So seien auch die objektive Schwere der Tat und die Art der Tatausführung bei einem solchen Täter nur nach Massgabe der noch bestehenden Schuldfähigkeit für die Festsetzung der Strafe relevant.⁹⁹⁷

In einem Entscheid aus dem Jahre 2010 vollzog das Bundesgericht indessen eine 180-Grad-Kehrtwende. So hielt es in BGE 136 IV 55 fest, dass der Verminderung der Schuldfähigkeit «[k]eine zu weit gehende Bedeutung zukommen zu lassen» sei.⁹⁹⁸ Eine verminderte Schuld nach Art. 19 Abs. 2 StGB allein solle so grundsätzlich bei der Festsetzung der Strafe zu *keiner* Unterschreitung des ordentlichen Strafrahmens führen. Dazu bedürfe es weiterer Umstände, die das Verschulden als besonders leicht erscheinen liessen. Nur eine solche Betrachtungsweise vermöge «der gesetzgeberischen Wertung des Unrechtsgehaltes einer Straftat und damit letztlich der Ausgleichsfunktion (auch) des Strafrechts Rechnung zu tragen».⁹⁹⁹ Auch habe das Gericht im Falle einer verminderten Schuldfähigkeit deren Ursache zu gewichten.¹⁰⁰⁰ Bei der Berücksichtigung der verminderten Schuldfähigkeit sei daher vom Gericht so vorzugehen, dass in einem ersten Schritt der Grad der Verminderung und dessen Auswirkungen auf das Tatverschulden ermittelt werden müssten. Daraufhin werde innerhalb des Strafrahmens die hypothetische Strafe bestimmt, die diesem Verschulden entspreche. Die so ermittelte Strafe könne dann gegebenenfalls in einem dritten Schritt aufgrund wesentlicher Täterkomponenten verändert werden. Die tat- und täterangemessene Strafe sei aber grundsätzlich innerhalb des ordentlichen Strafrahmens festzusetzen.¹⁰⁰¹

Dieser Entscheid bietet aus mannigfaltigen Gründen Anlass zur Kritik. Zum einen ändert das Bundesgericht damit eine etablierte langjährige Praxis, die es keine zweieinhalb Jahre zuvor noch bestätigt hatte. Eine solche Praxisänderung lässt sich aber grundsätzlich nur begründen, «wenn die neue Lösung besserer Erkenntnis der *ratio legis*, veränderten äusseren Verhältnissen oder gewandelter Rechtsanschauung entspricht.»¹⁰⁰² Es müssen demnach *ernsthafte sachliche Gründe* vorliegen, «die – insb. im Interesse der Rechtssicherheit – umso gewichtiger sein müssen, je länger die als falsch oder nicht mehr zeitgemäss erachtete Rechtsanwendung gehandhabt worden

997 BGE 134 IV 132, E. 6.1.

998 BGE 136 IV 55, E. 5.6; der Entscheid wurde mehrfach bestätigt, so etwa in BGer, Urteil 6B_658/2013 vom 22. Januar 2014, E. 4.3; 6B_345/2013 vom 24. Oktober 2013, E. 5.1.

999 BGE 136 IV 55, E. 5.8.

1000 BGE 136 IV 55, E. 5.6, jedoch ohne weitergehende Erläuterungen; BOMMER, ZBJV 2015, 356, weist richtigerweise darauf hin, dass dies grundsätzlich nur im Rahmen der *actio libera in causa* gem. Art. 19 Abs. 4 StGB möglich sei.

1001 BGE 136 IV 55, E. 5.7f.

1002 BGE 136 III 6, E. 3.

ist).¹⁰⁰³ Fehlen solche Gründe, ist die bisherige Praxis beizubehalten.¹⁰⁰⁴ Nun gestaltet sich die Suche nach solchen ernsthaften sachlichen Gründen im neuen höchstrichterlichen Entscheid als schwierig, obwohl aufgrund der langjährigen Praxis zur verminderten Schuldfähigkeit eigentlich gewichtige Argumente zu erwarten gewesen wären. Das Bundesgericht scheint sich jedoch der Stichtaltigkeit seiner Begründung selbst nicht ganz sicher zu sein und vollzieht die Praxisänderung quasi im Vorbeigehen: «entgegen dem Wortlaut des Gesetzes und in Änderung der bisherigen Rechtsprechung [...]».¹⁰⁰⁵ Das treibende Argument für die Änderung scheint der bis anhin «falsch» verstandene Wortlaut der Bestimmung zur verminderten Schuldfähigkeit zu sein. Das Bundesgericht stellt sich nämlich auf den Standpunkt, dass es bei Art. 19 Abs. 2 StGB «nicht um die Herabsetzung einer Strafe, sondern um die Reduktion des Verschuldens» gehe.¹⁰⁰⁶ Dass hiermit eine Praxisänderung begründet werden könnte, ist aus mehreren Gründen abzulehnen. Zunächst müssen zusätzlich zu den Gründen, die bereits für eine Praxisänderung vorzuliegen haben, bestimmte Voraussetzungen gegeben sein, um vom gesetzlichen Wortlaut abweichen zu können. Eine Abweichung ist nur dann erlaubt, wenn triftige Gründe zur Annahme bestehen, dass er nicht den wahren Sinn der Bestimmung wiedergibt.¹⁰⁰⁷ Diese können sich z.B. aus der Entstehungsgeschichte der Norm, aus teleologischen Überlegungen oder aus dem Zusammenhang mit anderen Bestimmungen ergeben.¹⁰⁰⁸ Solche Gründe sind hier jedoch nicht ersichtlich.¹⁰⁰⁹ Dies scheint auch dem Bundesgericht bewusst zu sein, da sie in dem fraglichen Entscheid auch nicht geltend gemacht werden.¹⁰¹⁰ Art. 19 Abs. 2 StGB hält klar fest, dass verminderte Schuldfähigkeit zu einer *Strafmilderung* führt. Wenn das Bundesgericht nun ausführt, dass eine verminderte Schuld grundsätzlich bei der Festsetzung der Strafe zu keiner Unterschreitung des ordentlichen Strafrahmens führen solle, so wird verkannt, dass bei einer *Strafmilderung* der angedrohte Strafrahmen in jedem Fall nach unten geöffnet wird und gleichzeitig eine Herabsetzung der Strafe stattfindet

1003 BGE 136 III 6, E. 3; 135 I 79, E. 3; 140 V 15, E. 5.3.2; HUG, *forumpoenale* 2011, 366; M. SEELMANN/WIPRÄCHTIGER, *AJP* 2018, 742; WIPRÄCHTIGER/SPAANI, *Strassenverkehr* 2017, 18; vgl. auch EGE (2017), 198.

1004 BGE 132 III 770, E. 4; 127 II 289, E. 3a.

1005 BGE 136 IV 55, E. 5.5.

1006 BGE 136 IV 55, E. 5.5.

1007 BGE 139 III 478, E. 6; 137 IV 13, E. 3.1; vgl. auch BGE 140 II 129, E. 3.2; HUG, *forumpoenale* 2011, 366; M. SEELMANN/WIPRÄCHTIGER, *AJP* 2018, 742.

1008 BGE 140 V 15, E. 5.3.2; 139 V 66, E. 2.2.

1009 M. SEELMANN/WIPRÄCHTIGER, *AJP* 2018, 742; StGB PK⁴-TRECHSEL/M. SEELMANN, Art. 48a N2.

1010 M. SEELMANN/WIPRÄCHTIGER, *AJP* 2018, 742.

(vgl. Art. 48a Abs. 1 StGB).¹⁰¹¹ Wie bereits dargelegt wurde, ist eine Strafmilderung bei Vorliegen von – nicht nur fakultativen – Milderungsgründen seit der Revision des Strafgesetzbuchs von 2002 denn auch obligatorisch.¹⁰¹² Diese Herabsetzung kann sich zwar je nach Ausmass der verminderten Schuld auch nur innerhalb des ordentlichen Schuldrahmens auswirken, jedoch ist eine apodiktische Aussage abzulehnen, wonach dieser Strafraum so gut wie nie unterschritten werden dürfe.

Ferner würde auch die neue Interpretation des Wortlauts nicht dazu führen, dass die verminderte Schuldfähigkeit in geringerem Umfang wie bis anhin die Höhe der Strafe beeinflussen könnte. Denn eine Reduktion des Verschuldens führt ohnehin zu einer Reduktion der Strafe, stünde eine gegenteilige Annahme doch in einem erheblichen Widerspruch zu dem in Art. 47 StGB kodifizierten Grundsatz, wonach sich die Strafhöhe vornehmlich aufgrund des Einzeltatverschuldens des Täters bemisst und Letzteres auch eine strafbegrenzende Funktion erfüllt.¹⁰¹³ Eine vom Bundesgericht konstruierte systematische Unterscheidung von Verschulden und Strafe ist somit hinfällig, denn Verschuldenshöhe und Strafmass sind unweigerlich miteinander verknüpft und können nicht losgelöst voneinander betrachtet werden.¹⁰¹⁴

Der Entscheid ist in der Lehre berechtigterweise auf breite Kritik gestossen.¹⁰¹⁵ In der Tat beschleicht einen das Gefühl, dass das Bundesgericht durch diese Kehrtwende vom Prinzip der Schuldstrafe abzurücken scheint.¹⁰¹⁶ Über

1011 Vgl. M. SEELMANN/WIPRÄCHTIGER, AJP 2018, 742; StGB PK⁴-TRECHSEL/M. SEELMANN, Vor Art. 48 N 2.

1012 BSK StGB I⁴-BOMMER/DITTMANN, Art. 19 N 76; STRATENWERTH AT I⁴, § 11 N 28; StGB PK⁴-TRECHSEL/FATEH-MOGHADAM, Art. 19 N 16.

1013 So schon SCHWANDER¹, Rz. 427 («Je grösser die Schuld, desto grösser die Strafe; je geringer die Schuld, desto geringer die Strafe [...]»); so auch BOMMER, ZBJV 2015, 357; LOGOZ/SANDOZ², Art. 63 N 3 («Plus cette culpabilité [...] apparaît grave, plus aussi la peine doit être sévère [...]»); M. SEELMANN/WIPRÄCHTIGER, AJP 2018, 742; StGB PK³-TRECHSEL/JEAN-RICHARD, Art. 19 N 16 («als ob die Höhe der Strafe nicht von der Höhe des Verschuldens abhinge»); s.a. HAFTER², 177; FRISCH, in: Frisch, Schuld, 18 («Höhere Schuld muss zu höherer, geringere Schuld zu geringerer Strafe führen [...]»); vgl. sodann zum Verschulden eingehend hinten I.D.2.

1014 Wie noch zu zeigen sein wird, können auch die übrigen bei der Strafzumessung zulässigen Strafzwecke zu keiner Strafe führen, die über das Verschulden des Täters hinausgeht, vgl. hinten I.D.2.

1015 BOMMER, ZBJV 2015, 358 («Der Entscheid lässt einen ratlos zurück. Selten jedenfalls ist eine Praxisänderung so dürftig begründet und argumentativ so schwach abgestützt worden [...]»); BSK StGB I⁴-BOMMER/DITTMANN, Art. 19 N 76; EGE (2017), 198; HUG, forum poenale 2011, 366; JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 110; AK StGB-MAUSBACH/STRAUB, Art. 19 N 25; SUMMERS (2022), 10 ff.; StGB PK⁴-TRECHSEL/M. SEELMANN, Art. 48a N 2; BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 48a N 18 ff.; WIPRÄCHTIGER/SPAHN, Strassenverkehr 2017, 18 f.; vgl. auch VON FELTEN, in: FG Straumann, 381 f.

1016 M. SEELMANN/WIPRÄCHTIGER, AJP 2018, 743; StGB PK⁴-TRECHSEL/M. SEELMANN, Art. 48a N 2.

die Hintergründe der Praxisänderung kann dabei nur spekuliert werden. Ein Grund dürfte das Misstrauen gegenüber der Expertise der forensischen Psychiater und Gutachter sein.¹⁰¹⁷ Das Bundesgericht bringt denn auch vor, dass der von psychiatrischen Experten eingestuft Verminderung der Einsichts- und Steuerungsfähigkeit «regelmässig» ein zu grosses Gewicht beigemessen werde.¹⁰¹⁸ Es entsteht mithin der Anschein, als ob das oberste Gericht – möglicherweise von der Angst vor dem medial und politisch portierten Vorwurf der «Kuscheljustiz» getrieben – für härtere Strafen eintreten wolle, jedoch nicht ganz sicher sei, wie dies im Rahmen der verminderten Schuldfähigkeit begründet werden könne.¹⁰¹⁹ Das Bundesgericht gibt so auch offenherzig zu, dass vermieden werden solle, der Verminderung der Schuldfähigkeit «eine zu weit gehende Bedeutung zukommen zu lassen».¹⁰²⁰ Als Argument wird vorgebracht, dass «die verminderte Schuldfähigkeit im Sinne von Art. 19 Abs. 2 StGB [...] eines von mehreren Kriterien sein» könne, welche die Verschuldensbewertung beeinflussen. So würden daneben auch die Milderungsgründe nach Art. 48 StGB oder etwa der entschuldbare Notstand und die entschuldbare Notwehr das Verschulden reduzieren.¹⁰²¹

Dieser Begründung ist entschieden zu widersprechen, da sie im Lichte der aufgezeigten Geschichte des Milderungsgrunds der verminderten Schuldfähigkeit und seiner systematischen Bedeutung im Schuldstrafrecht an sich schlicht unhaltbar ist. Dies ergibt sich aus den folgenden, bereits mehrfach dargelegten Gründen: Die verminderte Schuldfähigkeit gibt dem Gericht Auskunft darüber, welche Schuldfähigkeit beim Täter überhaupt noch vorhanden ist. Der Täter hat sich insofern nur für das Ausmass des Tatunrechts zu verantworten, das ihm vorgeworfen werden kann, d.h. für das Ausmass, in dem er zu entsprechender Einsicht und zu entsprechendem Handeln imstande gewesen wäre; die Schwere der konkreten Tat kann mithin nicht vom Grad der persönlichen Schuld bzw. dem Ausmass der persönlichen Vorwerfbarkeit getrennt werden.¹⁰²² Die verminderte Schuldfähigkeit ist daher nicht eines von vielen Kriterien, sondern

1017 M. SEELMANN/WIPRÄCHTIGER, AJP 2018, 743; BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 48a N 21; WIPRÄCHTIGER/SPAANI, Strassenverkehr 2017, 19; DIES., forumpoenale 2017, 61.

1018 BGE 136 IV 55, E. 5.6.

1019 BERNARD, Jusletter vom 13. Februar 2012, Rz. 28; M. SEELMANN/WIPRÄCHTIGER, AJP 2018, 743; BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 48a N 21; WIPRÄCHTIGER/SPAANI, Strassenverkehr 2017, 19; Grund für die Praxisänderung scheint überdies die geänderte personelle Zusammensetzung der strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts zu sein, die sich durch den Entscheid der Ansicht von MATHYS, SJZ 2004, 173 ff., angeschlossen hat; vgl. auch DERS.², Rz. 167 ff.

1020 BGE 136 IV 55, E. 5.6.

1021 BGE 136 IV 55, E. 5.6.

1022 BOMMER, ZBJV 2015, 358; s. zur deutschen Lehre etwa MK⁴-MAIER, § 46 N 35.

das entscheidende Kriterium, wenn es um die Verschuldensbewertung geht.¹⁰²³ Sie steht daher gerade nicht mit den übrigen Strafmilderungsgründen – wie den achtenswerten Beweggründen oder dem Handeln in schwerer Bedrängnis – auf einer Stufe.¹⁰²⁴ Entsprechend liess die verminderte Zurechnungsfähigkeit bereits nach Art. 11 StGB/1937 – und im Gegensatz zu den Milderungsgründen nach Art. 64 StGB/1937 – unbeschränkte Strafmilderung «nach freiem Ermessen» gem. Art. 66 StGB/1937 zu und hat auch heute nach der Revision des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuchs noch durch Art. 19 Abs. 2 StGB eine gesetzessystematisch hervorgehobene Verankerung erfahren.¹⁰²⁵ Bildlich gesprochen steht das Zumessungskriterium der verminderten Schuldfähigkeit nach der bisherigen bewährten Praxis «vor der Klammer», während sich die übrigen Strafzumessungsgründe «in der Klammer» befinden; BGE 136 IV 55 möchte nun die verminderte Zurechnungsfähigkeit als einen von vielen Strafzumessungsfaktoren «in die Klammer» hineinziehen.¹⁰²⁶

Neben der Kritik in der Lehre äusserte auch die Mehrheit des Parlaments Vorbehalte gegenüber dem Entscheid des Bundesgerichts. So wurde im Rahmen der parlamentarischen Beratungen zur Änderung des Sanktionenrechts¹⁰²⁷ am 24. September 2013 im Nationalrat über einen sachfremden Minderheitsantrag diskutiert. Dieser sah eine Änderung von Art. 19 Abs. 2 StGB vor, wonach eine verminderte Schuldfähigkeit nicht automatisch zu einer Strafmilderung führen solle. Vielmehr sei diesem Umstand im Rahmen des Verschuldens nach Art. 47 StGB Rechnung zu tragen.¹⁰²⁸ Dieser Antrag stützte sich dabei auf die in BGE 136 IV 55 geänderte Rechtsprechung, dass eine Verminderung der Schuldfähigkeit nicht zu einer Reduktion der Strafe, sondern zu einer Reduktion des Verschuldens führen müsse. Es müssten «andere Faktoren wie die Motive usw. berücksichtigt werden, um die Frage zu klären, ob

1023 BOMMER, ZBJV 2015, 358; BSK StGB I⁴-BOMMER/DITTMANN, Art. 19 N 76; AK StGB-MAUSBACH/STRAUB, Art. 19 N 25; M. SEELMANN/WIPRÄCHTIGER, AJP 2018, 742.

1024 BSK StGB I⁴-BOMMER/DITTMANN, Art. 19 N 76; StGB PK⁴-TRECHSEL/M. SEELMANN, Art. 48a N 2; WIPRÄCHTIGER/SPAJNI, Strassenverkehr 2017, 18; DIES., forumpoenale 2017, 61; s.a. BOMMER, ZBJV 2015, 357 m.w.H.

1025 BOMMER, ZBJV 2015, 358; M. SEELMANN/WIPRÄCHTIGER, AJP 2018, 742f.; StGB PK⁴-TRECHSEL/M. SEELMANN, Art. 48a N 2; BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 48a N 19; WIPRÄCHTIGER/SPAJNI, Strassenverkehr 2017, 18; DIES., forumpoenale 2017, 61; s.a. BSK StGB I⁴-BOMMER/DITTMANN, Art. 19 N 76f.

1026 StGB PK⁴-TRECHSEL/M. SEELMANN, Art. 48a N 2; s.a. M. SEELMANN/WIPRÄCHTIGER, AJP 2018, 743; STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 94.

1027 Siehe vorne I.C.8.

1028 Antrag der Minderheit Schwander, Stermann, Reimann, AmtlBull NR 2013, 1589: «War der Täter zur Zeit der Tat nur teilweise fähig, das Unrecht seiner Tat einzusehen oder gemäss dieser Einsicht zu handeln, so trägt das Gericht diesem Umstand im Rahmen des Verschuldens nach Artikel 47 Rechnung.»

der Täter vollständig schuldfähig [...sei] oder nicht oder ob eine verminderte Schuldfähigkeit geltend gemacht werden [...könne]». ¹⁰²⁹ Im Rahmen der Beratungen wurde jedoch die Notwendigkeit eines gesetzgeberischen Eingriffs unter Verweis auf das Schuldprinzip als Grundprinzip des geltenden Strafrechts verneint und darauf hingewiesen, dass es sich beim betreffenden Bundesgerichtsurteil um ein «Fehlurteil» handle, das nicht ins Gesetz zu übernehmen sei. ¹⁰³⁰

Soweit sich die Gerichte demnach noch einem Verschuldensstrafrecht verpflichtet sehen, tun sie gut daran, der verminderten Schuldfähigkeit weiterhin im Sinne von BGE 134 IV 132 und entgegen BGE 136 IV 55 im vollen Ausmass Rechnung zu tragen. ¹⁰³¹ Denn die Schuldfähigkeit ist und bleibt das Rückgrat der Strafzumessung. ¹⁰³²

Entgegen der in BGE 136 IV 55 aufgeführten Vorgehensweise durch das Gericht bei Vorliegen einer verminderten Schuldfähigkeit beim Täter ist deren Berücksichtigung bei der Strafzumessung mithin wie folgt vorzunehmen: ¹⁰³³ Das Gericht hat aus den Tatkomponenten, d.h. aus den objektiven und subjektiven Umständen der Tat, ¹⁰³⁴ eine hypothetische Einsatzstrafe zu bilden. Diese hypothetische Einsatzstrafe beinhaltet u.a. auch die Art der Tatausführung sowie die objektive Schwere der Tat. Sie ist sodann je nach Ausmass der verminderten Schuldfähigkeit zu reduzieren, womit die Tatkomponenten *in toto* dem Täter nur im Umfang der noch vorhandenen Rest-Schuldfähigkeit

1029 Votum Schwander, AmtlBull NR 2013, 1589.

1030 Siehe etwa Votum NR Jositsch, AmtlBull NR 2013, 1589; Votum NR Vogler, AmtlBull NR 2013, 1589 f. («*Da Herr Schwander auf das Bundesgerichtsurteil aus dem Jahr 2010 hinweist, so ist zu sagen: Es handelt es sich dabei nach meiner unwesentlichen Meinung, aber auch nach Meinung der Verwaltung um ein Fehlurteil, das auch in der Lehre und von der Praxis breit kritisiert wurde und dementsprechend auch nicht zu kodifizieren ist [...]*»); Votum NR Vischer, AmtlBull NR 2013, 1590; Votum BR Sommaruga, AmtlBull NR 2013, 1590 («*[...] stellt der Entscheid einen Einzelfall dar, der nicht in einer Linie mit mehreren früheren Entscheiden steht. Eine solche, bisher singuläre Rechtsprechung jetzt gesetzlich zu verankern erscheint deshalb nicht angezeigt. Es kommt hinzu, dass der Entscheid des Bundesgerichtes sehr kritisch aufgenommen wurde, und zwar nicht nur in der Strafrechtslehre, sondern auch von den Praktikern. Auch sie erachten ihn als nicht haltbar und unzutreffend [...]*»); Votum Schwaab, AmtlBull NR 2013, 1590 f.; Votum Caroni, AmtlBull NR 2013, 1591; für den Antrag der Minderheit 50 Stimmen, dagegen 132 Stimmen (AmtlBull NR 2013, 1591).

1031 So auch BOMMER, ZBJV 2015, 358; BSK StGB I⁴-BOMMER/DITTMANN, Art. 19 N 76; M. SEELMANN/WIPRÄCHTIGER, AJP 2018, 743; StGB PK⁴-TRECHSEL/M. SEELMANN, Art. 48a N2; WIPRÄCHTIGER/SPAHNI, Strassenverkehr 2017, 19; DIES., forumpoenale 2017, 61; vgl. auch AK StGB-MAUSBACH/STRAUB, Art. 19 N 25.

1032 BSK StGB I⁴-BOMMER/DITTMANN, Art. 19 N 76; M. SEELMANN/WIPRÄCHTIGER, AJP 2018, 743.

1033 Für eine solche Vorgehensweise auch noch BGE 134 IV 132, E. 6.1, 6.6.

1034 Zu diesen s. ausführlich hinten I.D.2.b.

vorgeworfen werden dürfen.¹⁰³⁵ Schwieriger zu beantworten ist die Frage, inwiefern die *Täter*komponenten von der verminderten Schuldfähigkeit betroffen sind. In BGE 134 IV 132 hielt das Bundesgericht fest, dass die «strafzumessungsrechtliche Relevanz [...] Täterkomponenten [...] von der Verminderung der Schuldfähigkeit, die sich auf die Tat bezieht, unberührt» bleibe. Das Gericht habe lediglich die aus den objektiven und subjektiven Tatkomponenten resultierende (hypothetische) Strafe im Umfang der verminderten Schuldfähigkeit herabzusetzen.¹⁰³⁶ Jedoch könne eine Tatsache, die zu einer Verminderung der Schuldfähigkeit führe, auch eine Auswirkung auf die Täterkomponenten haben und etwa einen Grund dafür darstellen, dass dem Täter «das Fehlen von Einsicht und Reue [...] nicht in demselben Masse zum Vorwurf gemacht werden kann wie einem normalen Täter».¹⁰³⁷ Diese Erwägungen lassen darauf schliessen, dass das Bundesgericht davon ausging, dass die Täterkomponenten grundsätzlich keinen Einfluss auf die Höhe des Verschuldens haben können. Anders äusserte es sich hingegen in BGE 135 IV 130, als es – in Bezug auf Art. 52 StGB (Strafbefreiung – Fehlendes Strafbedürfnis) – ausführte, dass «für die Würdigung des Verschuldens nicht ausschliesslich [...] die in Art. 47 Abs. 2 StGB aufgeführten konkretisierenden Umstände zu berücksichtigen sind. In die Entscheidung über die Geringfügigkeit der Schuld fliessen vielmehr sämtliche relevanten Strafzumessungskomponenten, mithin auch die Täterkomponenten wie das Vorleben, die persönlichen Verhältnisse oder das Nachtatverhalten, mit ein».¹⁰³⁸ Aus diesen unterschiedlichen Erwägungen ist eine gewisse Ambivalenz in der bundesgerichtlichen Argumentation herauszulesen, wenn es um das Ausmass des Verschuldens hinsichtlich der Täterkomponenten resp. um die Frage geht, ob die Täterkomponenten überhaupt eine verschuldensrelevante Komponente enthalten. So wird denn auch in der Lehre zum Teil die Meinung vertreten, dass es sich bei diesen Umständen nicht um eine Präzisierung des Verschuldensbegriffs, sondern um zusätzliche (präventive) Strafzumessungstatsachen handle; wie es sich dazu genau verhält, wird noch aufzuzeigen sein.¹⁰³⁹ Bereits vorausgreifend gilt es jedoch schon hier zu konstatieren, dass Täterkomponenten, die einen *verschuldensrelevanten* Strafzumessungsumstand beinhalten (und mithin die Vorwerfbarkeit der

1035 Siehe auch SUMMERS (2022), 13 («[...] *this means that the deduction for the diminished culpability must be undertaken after the sentence has otherwise been established*»).

1036 BGE 134 IV 132, E. 6.1, 6.6.

1037 BGE 134 IV 132, E. 6.1; dem wäre zwar möglicherweise dann zuzustimmen, wenn Einsicht und Reue (als Nachtatverhalten) auch das Verschulden betreffen, jedoch wird vorliegend die Meinung vertreten, dass das *Fehlen* eines Milderungsgrunds ohnehin nicht straf erhöhend berücksichtigt werden darf.

1038 BGE 135 IV 130, E. 5.4.

1039 Vgl. dazu eingehend hinten I.D.2.b.a2.

Tat betreffen), entsprechend auch von der verminderten Zurechnungs- bzw. Schuldfähigkeit betroffen wären und das Verschulden im entsprechenden gesamten Ausmass reduziert werden müsste. Dies gilt selbstredend jedoch nur, wenn der Zustand der verminderten Schuldfähigkeit auch *zum Zeitpunkt* des eine Täterkomponente betreffenden Strafzumessungsumstands noch besteht resp. schon bestanden hat.¹⁰⁴⁰

a3. Strafschärfungsgründe

Das Gegenteil der Strafmilderung ist die sog. Strafschärfung. Hierbei wird der Strafraumen noch oben erweitert.¹⁰⁴¹ Das geltende Strafgesetzbuch kennt mit Art. 49 StGB, der die Folgen der Verwirklichung mehrerer Tatbestände, die in echter Konkurrenz zueinander stehen, regelt, nur noch einen einzigen Strafschärfungsgrund im Allgemeinen Teil des Gesetzes.¹⁰⁴² Demgegenüber enthalten viele Tatbestände im Besonderen Teil erschwerende bzw. qualifizierende Umstände, welche die Anwendung eines höheren Strafraumens nach sich ziehen.¹⁰⁴³ So erhöht sich z.B. der Strafraumen der vorsätzlichen Tötung nach Art. 111 StGB von Freiheitsstrafe von mindestens 5 bis 20 Jahren im Falle des Vorliegens von Mordmerkmalen nach Art. 112 StGB auf Freiheitsstrafe von mindestens zehn Jahren bis zu lebenslänglicher Freiheitsstrafe. Ebenso erhöht sich etwa der Strafraumen vom «einfachen» Diebstahl nach Art. 139 Ziff. 1 StGB von Freiheitsstrafe von drei Tagen bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe von 3 bis 180 Tagessätzen zu Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren, wenn der Täter bspw. zum Zweck des Diebstahls eine Schusswaffe oder eine andere gefährliche Waffe mit sich geführt hat (Art. 139 Ziff. 3 Abs. 3 StGB). Daneben sind in vielen Fällen das Handeln als Mitglied einer Bande oder die Gewerbmässigkeit als qualifizierende Umstände anzutreffen.¹⁰⁴⁴

i. Der frühere Strafschärfungsgrund des Rückfalls

Bis zum Inkrafttreten des revidierten Allgemeinen Teils am 1. Januar 2007 kannte das Strafgesetzbuch mit dem Rückfall noch einen weiteren Strafschärfungsgrund. Ein solcher Rückfall bezeichnete unter bestimmten Voraussetzungen die strafbare Handlung eines vorbestraften Täters.¹⁰⁴⁵ Gemäss Art. 67 Ziff. 1

1040 So muss etwa bei der Beurteilung des Nachtatverhaltens (z.B. dem Fehlen von Einsicht und Reue) dieser Zustand auch zum betreffenden späteren Zeitpunkt *noch* bestehen.

1041 GETH⁷, Rz. 604.

1042 HURTADO POZO², Rz. 928; KUHN, RJJ 2006, 243; STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 111.

1043 HURTADO POZO², Rz. 929; KILLIAS et al.², Rz. 1122 ff.

1044 Zum Beispiel Art. 140 Ziff. 3 Abs. 2 StGB oder Art. 146 Abs. 2 StGB; KILLIAS et al.², Rz. 1122 ff.

1045 SCHWANDER², Rz. 381.

Abs. 1 StGB/1937 hatte das Gericht so die Dauer der Strafe zu erhöhen (ohne aber das Höchstmass der Strafart zu überschreiten), wenn der Täter zu Zuchthaus oder Gefängnis verurteilt wurde und zur Zeit der Tat noch nicht fünf Jahre vergangen waren, seit er eine Zuchthaus- oder Gefängnisstrafe ganz oder teilweise verbüsst hatte.¹⁰⁴⁶ Dabei spielte es keine Rolle, ob die Rückfalltat im Verhältnis zur Vortat gleich- oder andersartig war.¹⁰⁴⁷ Folge eines Rückfalls war so die obligatorische Erhöhung der Strafe mit der Möglichkeit, eine Strafe oberhalb des ordentlichen Strafrahmens bis zum gesetzlichen Maximum der Strafart auszusprechen.¹⁰⁴⁸

Im ersten Vorentwurf zu einem Strafgesetzbuch hatte CARL STOOSS den Rückfall in Art. 39 VE-StGB/1893 zwar schon aufgeführt, jedoch nicht als Strafschärfungsgrund.¹⁰⁴⁹ Im Falle des Rückfalls war die Strafe vielmehr innerhalb des ordentlichen Strafrahmens zu erhöhen, und zwar «über das mittlere Strafmass hinaus».¹⁰⁵⁰ Dies änderte sich aber bereits im Vorentwurf von 1894, wo der Rückfall gem. Art. 38 VE-StGB/1894 nun zu einer Strafschärfung führen konnte («der Richter [erhöht] die zu erkennende Zuchthaus- oder Gefängnisstrafe um die Hälfte; er ist an das höchste Mass der angedrohten Strafe nicht gebunden, darf aber die höchste gesetzliche Dauer der Strafart nicht überschreiten.»).

Begründet wurde die erhöhte Strafbarkeit im Falle des Rückfalls auf unterschiedliche Arten: Zum einen hätte dem Täter eine gegen ihn ausgesprochene Vorstrafe nicht als Warnung gereicht, weshalb bei erneuter Delinquenz ein stärkerer Reiz im Sinne einer höheren Strafe notwendig sei, um der erhöhten kriminellen Energie zu begegnen.¹⁰⁵¹ Auch STOOSS argumentierte in den Motiven zum ersten Vorentwurf, dass «der Verbrecher die ernste Mahnung, die der Staat durch den Strafvollzug an ihn gerichtet hat, unbeachtet

1046 Dem Vollzug der Vorstrafe war etwa auch der Vollzug einer sichernden Massnahme in einer Anstalt gleichgestellt, s. Art. 67 Ziff. 1 Abs. 2 StGB/1937; zu den Rückfallvoraussetzungen s. RIKLIN, ZStrR 1985, 268 f. m.w.H.

1047 BGE 77 IV 106, E. 1 («Art. 67 und 108 StGB verlangen nicht, dass die frühere und die neue Strafe wegen gleichartiger strafbarer Handlungen verwirkt worden seien [...]»); RIKLIN, ZStrR 1985, 267.

1048 SCHULTZ AT II⁴, 86; SCHWANDER, ZStrR 1964, 348, 361 ff.

1049 Motive VE-StGB/1893, 76 («Der Entwurf sieht von Strafschärfung ab. Er gebietet aber dem Richter [...], die Strafe über das mittlere Mass der Strafe hinaus zu bestimmen, [...] wenn der Verbrecher [...] sich im Rückfall befindet [...]»).

1050 STOOSS sah dies jedoch im Vergleich zu verschiedenen kantonalen Regelungen, welche die Strafschärfung bereits kannten, nicht als mildere Variante an, sondern hielt vielmehr fest, dass diese Vorschrift strenger als die Bestimmungen der zahlreichen kantonalen Strafgesetzbücher sei, «welche Strafschärfung zulassen, aber nicht vorschreiben.» (Motive VE-StGB/1893, 78).

1051 ARZT, recht 1994, Rz. 53 («Wer diese Mahnung nicht beachtet, sollte sich im Wiederholungsfalle nicht über den «Widerruf» [im untechnischen Sinne] der prinzipiell milden Reaktion der Rechtsgemeinschaft beklagen [...]»); vgl. auch SCHULTZ AT II⁴, 84.

liess.»¹⁰⁵² Ein Teil der Lehre war der Ansicht, dass durch eine solche härtere Strafe bei erneuter Delinquenz der Problematik steigender Rückfallziffern begegnet werden könne.¹⁰⁵³ Dieses «kriminalpolitische Problem» hätte sich ergeben, nachdem Mitte des 18. Jahrhunderts die Todesstrafen durch Freiheitsstrafen ersetzt worden seien und man den Freiheitsentzug immer mehr abgekürzt habe.¹⁰⁵⁴ Auch die Praxis griff die von STOOSS statuierte Begründung der vom Täter unbeachteten «Warnung» in ihrer Rechtsprechung auf.¹⁰⁵⁵ Als weitere Begründung für die Legitimität dieses Strafschärfungsgrunds wurde die sog. *Charakter- oder Lebensführungsschuld* des Täters angeführt. Demgemäss hätte der Täter nicht nur dafür einzustehen, was er hätte vermeiden können, sondern er sei auch verantwortlich «für seine Persönlichkeit, seine Eigenart und seinen Charakter».¹⁰⁵⁶ Dies treffe aber nur insoweit zu, «als er es unterlassen hat, seine asozialen Neigungen zu bekämpfen und seinen Charakter im positiven Sinne zu bilden, obwohl ihm dies nach den Umständen möglich und zumutbar gewesen wäre».¹⁰⁵⁷ Schliesslich wurde für die Anwendung der Rückfallbestimmung auch die angeblich erhöhte Gefährlichkeit des Täters ins Feld geführt.¹⁰⁵⁸ VITAL SCHWANDER hielt diesbezüglich explizit fest, dass der «Rückfall [...] in erster Linie ein Problem der Spezialprävention» sei.¹⁰⁵⁹

Diesen Begründungen und dem Strafschärfungsgrund des Rückfalls an sich wurde in der Lehre zunehmend berechtigte Kritik entgegengebracht.¹⁰⁶⁰ So macht der Vorhalt der Lebensführungsschuld den Täter für Fehlentwicklungen seiner Persönlichkeit verantwortlich, die ihm unter dem Gesichtspunkt der Einzeltatschuld nicht vorgeworfen werden dürfen.¹⁰⁶¹ Es ist etwa praktisch unmöglich, zwischen verschuldeten und unverschuldeten Persönlichkeits-

1052 Motive VE-StGB/1893, 77; s.a. SCHWANDER, ZStrR 1964, 368 («Das Straferlebnis werde dadurch dem Täter ein abwehrendes Motiv, erneut zu delinquieren. Schlage der Täter, trotz dieser Warnung, erneut den Weg des Verbrechens ein, so beweiße das einen besonders starken verbrecherischen Willen»).

1053 THORMANN/VON OVERBECK (1940), Art. 67 N 4.

1054 SCHWANDER², Rz. 381; DERS., ZStrR 1964, 345.

1055 Siehe etwa OGer ZH, Urteil vom 21. September 1967, abgedruckt in: SJZ 1968, Nr. 173, 319 («Wer bereits einmal oder gar wiederholt durch eine Bestrafung ausdrücklich auf die schweren Folgen des Fahrens im angetrunkenen Zustand hingewiesen wurde und trotzdem wiederum das gleiche Delikt begeht, soll schwerer bestraft werden als ein Ersttäter. Diese Warnung hatte der Angeklagte durch die Verurteilungen [...] erhalten»).

1056 SCHWANDER, ZStrR 1964, 370.

1057 SCHWANDER, ZStrR 1964, 370.

1058 Vgl. SCHULTZ AT II⁴, 84.

1059 SCHWANDER, ZStrR 1964, 372.

1060 STRATENWERTH AT II¹, § 7 N 106 f.; krit. auch schon MEYER VON SCHAUENSEE, ZStrR 1894, 130; PFENNINGER (1890), 772.

1061 Bericht VE-StGB/1987, 117; SCHWANDER, ZStrR 1964, 369.

anlagen oder Umwelteinflüssen zu unterscheiden. Auch der erhöhten Gefährlichkeit des Täters wird entgegengehalten, dass sie sich nicht mit der der Strafzumessung i.e.S. zugrundeliegenden Auffassung der Einzeltatschuld vereinbaren liesse.¹⁰⁶² Zumindest damals sahen die Bestimmungen zur Strafzumessung i.e.S. eine Berücksichtigung präventiver Umstände auch nicht explizit vor.¹⁰⁶³ Ebenfalls nicht überzeugen kann der erstgenannte Begründungsversuch der vom Täter unbeachteten Warnung. Sofern argumentiert wird, durch den Rückfall erhöhe sich aufgrund höherer krimineller Energie das konkrete Verschulden, ist vielmehr das Gegenteil zutreffend: Geht es nämlich um den Vorwurf des Anders-handeln-Könnens des rückfälligen Täters, erfordert es von ihm grundsätzlich eine höhere Willensanstrengung, um rechtstreu zu bleiben, als bei Personen, die bislang nicht strafrechtlich in Erscheinung getreten sind.¹⁰⁶⁴ Wer nämlich in «geordneten» Verhältnissen lebt, hat zur Tatbegehung eine grössere Hemmschwelle zu überwinden als diejenige Person, die bereits ins kriminelle Milieu «abgerutscht» ist.¹⁰⁶⁵ Auch das Bundesgericht äusserte ausdrücklich Kritik an der Bestimmung, die es als «problematisch» bezeichnete.¹⁰⁶⁶ Zuzustimmen ist ferner der Aussage von GUSTAV RADBRUCH, wonach hinsichtlich einer allfällig erhöhten Strafwürdigkeit des Rückfalls auch zu berücksichtigen ist, ob der Täter *trotz* Vorbestrafung oder gerade erst *infolge* einer auferlegten früheren Bestrafung rückfällig wurde.¹⁰⁶⁷

Der Rückfall wurde schliesslich insb. aus folgendem Grund nicht in den revidierten Allgemeinen Teil aufgenommen: Da das Vorleben als Strafzumessungskriterium Eingang in die neuen Bestimmungen gefunden habe, hätte eine gesonderte Regelung des Rückfalls zu einer nicht zu rechtfertigenden doppelten Anrechnung desselben geführt; einerseits bei der Würdigung des Vorlebens des Täters und andererseits durch die Rückfallregelung selbst. Der

1062 DIEZ (1944), 48f.; PFENNINGER (1890), 772 («*Es handelt sich nicht mehr um Fragen der Vergeltung des Übels um des Übels willen, nicht mehr um gerechte Vergeltung nach gerechter Abmessung der Schuld –, es handelt sich hier nur noch um ausserhalb des Strafrechts liegende Massnahmen, welche ausschliesslich von socialen und criminalpolitischen Nützlichkeitsgründen bestimmt werden [...]*»); SCHULTZ AT II⁴, 84; vgl. auch DUBS, in: FG SJ, 18.

1063 Siehe zur heutigen Diskussion von präventiven Strafzwecken bei der Strafzumessung i.e.S. hinten I.D.2.a.a.2.

1064 GETH⁷, Rz. 604; STRATENWERTH (1972), 16; s.a. Bericht VE-StGB/1987, 127; RIKLIN, ZStrR 1985, 281.

1065 So auch STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 44; StGB PK⁴-TRECHSEL/M. SEELMANN, Art. 47 N 26; vgl. auch SCHULTZ AT II⁴, 74, 190; SCHWANDER, ZStrR 1964, 368; STRATENWERTH (1972), 16.

1066 BGE 121 IV 49, E. 2d/cc («*Dem «krassen» Rückfall im technischen Sinne von Art. 67 StGB, den die Vorinstanz ebenfalls berücksichtigte, kann dagegen nur eine geringe Bedeutung zukommen. Denn erstens ist dieser Strafschärfungsgrund ohnehin problematisch*»).

1067 Zit. nach FROSCH (1976), 107.

Rückfall sei daher ausschliesslich im Rahmen des Vorlebens zu würdigen.¹⁰⁶⁸ Dass eine Berücksichtigung nun beim Verschulden nach Art. 47 StGB erfolgen soll, verhindert zwar eine Öffnung des Strafrahmens nach oben, ist aber aus den bereits dargelegten Gründen auch am neuen Ort kritikwürdig. Im Rahmen der Abhandlung der einzelnen Strafzumessungstatsachen wird darauf zurückzukommen sein.¹⁰⁶⁹ Es sei schon darauf hingewiesen, dass es vorzuziehen wäre, Rückschlüsse auf die «Gefährlichkeit» des Täters im Sinne präventiver Überlegungen lediglich bei der Strafzumessung i.w.S. – und nicht im Rahmen von Art. 47 ff. StGB – zuzulassen.

ii. Zusammentreffen mehrerer strafbarer Handlungen

Art. 49 Abs. 1 StGB statuiert, dass das Gericht den Täter, der mehrere Straftaten durch eine oder mehrere Handlungen begangen hat, zur Strafe der schwersten Straftat verurteilt und diese sodann angemessen erhöht, wenn die Voraussetzungen für mehrere gleichartige Strafen erfüllt sind. Dass es sich hierbei um den einzigen Strafschärfungsgrund des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuchs handelt, wird durch die Marginalie «Konkurrenz» nicht sofort ersichtlich. Korrekterweise regelt die Bestimmung die Rechtsfolgen im Falle von Konkurrenz bzw. beim Zusammentreffen mehrerer strafbarer Handlungen.¹⁰⁷⁰

Treffen mehrere im Strafgesetzbuch aufgeführte strafbare Handlungen zusammen, ist zu unterscheiden, ob von *unechter* oder *echter* Konkurrenz auszugehen ist. Denn nur in letzterem Fall kommt Art. 49 StGB als Strafschärfungsgrund zur Anwendung.¹⁰⁷¹ Wann echte oder unechte Konkurrenz vorliegt, ergibt sich *in concreto* durch Auslegung der jeweils verwirklichten Tatbestände des Besonderen Teils des Strafgesetzbuchs.¹⁰⁷² Bei der unechten Konkurrenz erfüllt der Täter zwar mehrere Tatbestände, jedoch erfasst einer davon das Unrecht der Tat umfassend, weshalb die anderen, ebenfalls erfüllten Tatbestände grundsätzlich nicht zur Anwendung kommen.¹⁰⁷³ Man spricht hierbei auch von *Gesetzeskonkurrenz*.¹⁰⁷⁴ Die unechte Konkurrenz wird je

1068 Bericht VE-StGB/1987, 127; Botschaft, BBl 1999 II, 2060; vgl. auch KUHN, RJJ 2006, 243 f.

1069 Siehe hinten I.D.2.b.a2.i.

1070 StGB PK⁴-TRECHSEL/M. SEELMANN, Art. 49 N 1.

1071 BGE 112 IV 94, E. 3b; BSK StGB I⁴-ACKERMANN, Art. 49 N 49; GETH⁷, Rz. 508.

1072 StGB PK⁴-TRECHSEL/M. SEELMANN, Art. 49 N 2.

1073 GETH⁷, Rz. 509 ff.; HK StGB⁴-WOHLERS, Vor Art. 49 N 2 ff.; s. zu den Ausnahmen, etwa im Falle der Sperrwirkung der milderen Norm, BGer, Urteil 6S.62/2006 vom 28. März 2006, E. 5.2; BSK StGB I⁴-ACKERMANN, Art. 49 N 69; die verdrängten Normen können des Weiteren als Grundlage zur Verhängung von Nebenstrafen und Massnahmen dienen und behalten ihre Bedeutung für Teilnehmer, s. GETH⁷, Rz. 519.

1074 EICKER, ius.full 2003, 147; GETH⁷, Rz. 509; HAFTER², 349; S. KOCH (2013), 11.

nach Autorenschaft in verschiedene Unterarten aufgeteilt, die sich etwa durch Spezialität, Subsidiarität, Konsumtion, Alternativität oder durch mitbestrafte Vor- oder Nachtaten ergeben.¹⁰⁷⁵ Im Falle der echten Konkurrenz verwirklicht der Täter mehrere Straftatbestände, die sich nicht wechselseitig aufheben, bzw. kein Tatbestand schliesst den anderen im Sinne der unechten Konkurrenz von der Anwendung aus.¹⁰⁷⁶ Dabei unterscheidet man zwischen Delikten, die in *Ideal-* oder *Realkonkurrenz* begangen werden.¹⁰⁷⁷ Bei Ersterer sind die Tatbestände durch eine Handlung verwirklicht worden, bei Letzterer durch mehrere Handlungen.¹⁰⁷⁸ Für die Anwendung von Art. 49 StGB spielt die Unterscheidung von Ideal- und Realkonkurrenz jedoch keine Rolle.¹⁰⁷⁹

Im Falle der Verwirklichung mehrerer strafbarer Handlungen, die in echter Konkurrenz zueinander stehen, soll es nach dem Gesetzgeber nicht genügen, wenn die Strafe allein innerhalb des (ordentlichen) Strafrahmens des schwersten Delikts festgesetzt würde (*Absorptionsprinzip*); ebenso wenig soll es möglich sein, die einzelnen (gleichartigen) Strafen zu kumulieren (*Kumulationsprinzip*).¹⁰⁸⁰ Nach Art. 49 StGB ist vielmehr durch Erhöhung oder Schärfung der Strafe für die schwerste Straftat eine Gesamtstrafe nach dem *Asperationsprinzip* zu bilden.¹⁰⁸¹ Dieser Vorgehensweise liegt die Überlegung der *progressiven Straf Wirkung* zugrunde, wonach das Mass des Strafübels mit zunehmender Dauer nicht linear, sondern vielmehr progressiv wachse.¹⁰⁸² Konkret muss das Gericht in einem ersten Schritt von der schwersten verwirklichten Straftat ausgehen, was sich nach der *abstrakten* Strafdrohung bemisst.¹⁰⁸³

1075 Vgl. BSK StGB I⁴-ACKERMANN, Art. 49 N 51 ff.; EICKER, ius.full 2003, 147 ff.; GETH⁷, Rz. 513 ff.; OFK StGB²¹-HEIMGARTNER, Art. 49 N 1; KILLIAS et al.², Rz. 1112; S. KOCH (2013), 8, 11 ff.; HK StGB⁴-WOHLERS, Vor Art. 49 N 3 ff.

1076 HK StGB⁴-WOHLERS, Vor Art. 49 N 8.

1077 GETH⁷, Rz. 526; HAFTER², 372 f.; s. schon BÄR, SJZ 1918/1919, 272.

1078 EICKER, ius.full 2003, 150; GETH⁷, Rz. 526; PCCP², Art. 49 N 5 ff.; m.w.H. S. KOCH (2013), 9 ff.

1079 BSK StGB I⁴-ACKERMANN, Art. 49 N 49; GETH⁷, Rz. 526; KILLIAS et al.², Rz. 1116; S. KOCH (2013), 11.

1080 EICKER, ius.full 2003, 147; JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 95; das Kumulationsprinzip ist jedoch etwa bei den Ordnungsbussen anwendbar, s. Art. 3a Abs. 1 OBG («*Erfüllt der Täter durch eine oder mehrere Widerhandlungen mehrere Ordnungsbussentatbestände, so werden die Bussen zusammengezählt, und es wird eine Gesamtbusse auferlegt [...]*») sowie im Falle von ungleichartigen Strafen, s. BGE 142 IV 265, E. 2.3.2.

1081 BSK StGB I⁴-ACKERMANN, Art. 49 N 6.

1082 So schon STOOSS in Motive VE-StGB/1893, 79 («*die Freiheitsstrafe wird für den Sträfling mit der längeren Dauer empfindlicher [...]*»); s.a. BSK StGB I⁴-ACKERMANN, Art. 49 N 7; JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 95; STRATENWERTH AT I⁴, § 19 N 21.

1083 BGE 116 IV 300, E. 2c/bb; s. für Beispiele JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 96; sieht jedoch der weniger schwerwiegende Tatbestand eine höhere Mindeststrafe vor, so bestimmt diese die untere Grenze des Strafrahmens. Ansonsten würde sich die Begehung mehrerer Taten zugunsten des Täters auswirken, s. zu dieser sog. Sperrwirkung

Innerhalb des Strafrahmens dieses Delikts hat das Gericht nun eine sog. *Einsatzstrafe* für das schwerste Delikt zu bilden, deren Dauer sodann in einem zweiten Schritt unter Berücksichtigung der weiteren strafbaren Handlungen – im Falle gleichartiger Strafen¹⁰⁸⁴ – durch Anwendung des Asperationsprinzips zu erhöhen ist.¹⁰⁸⁵ Das Gericht hat somit durch diesen Strafschärfungsgrund mindestens eine Straferhöhung vorzunehmen.¹⁰⁸⁶ Durch die Strafschärfung kann mithin auch der ordentliche Strafrahmen des schwersten Delikts nach oben verlassen werden, jedoch darf gem. Art. 49 Abs. 1 StGB das Höchstmass der angedrohten Strafe *nicht um mehr als die Hälfte* erhöht werden, wobei das Gericht an das gesetzliche Höchstmass der jeweiligen Strafart gebunden ist. Letzteres bedeutet etwa, dass bei einer Strafandrohung von Freiheitsstrafe generell die auszusprechende (Gesamt-)Freiheitsstrafe 20 Jahre nicht überschreiten darf; ist lebenslängliche Freiheitsstrafe angedroht, beträgt die maximal mögliche Freiheitsstrafe bei echter Konkurrenz ebenfalls lebenslänglich.¹⁰⁸⁷ Von dieser Regel der anderthalbfachen Strafrahmenerweiterung gibt es jedoch eine Ausnahme: Die Anwendung des Asperationsprinzips kann nicht zu einer Höchststrafe führen, die höher ist als die Höchststrafe, die bei Anwendung des Kumulationsprinzips möglich wäre; die «ratio legis» des Asperationsprinzips besteht nämlich darin, das Kumulationsprinzip abzuschwächen, weshalb die Gesamtstrafe die Summe der Einzelstrafen nicht erreichen darf.¹⁰⁸⁸

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung war das erkennende Gericht bis vor Kurzem nicht verpflichtet anzugeben, «in welchem zahlen- oder prozentmässigen Umfang sie dem Asperationsprinzip strafehöhend Rechnung trägt».¹⁰⁸⁹ In seiner neueren Rechtsprechung ist das Bundesgericht jedoch dazu übergegangen, dass das Gericht bei mehreren gleichartigen Strafen

der milderen Norm BGer, Urteil 6B_483/2016 vom 30. April 2018, E. 3.5.1; EICKER, ius. full 2003, 151 f.; StGB PK⁴-TRECHSEL/M. SEELMANN, Art. 49 N8.

1084 Ob gleichartige Strafen vorliegen, ergibt sich nicht bereits daraus, dass das Gesetz abstrakt gleichartige Strafen androht. Vielmehr ist erforderlich, dass das Gericht im konkreten Fall mehrfach auf die gleiche Strafart erkennt (sog. konkrete Methode), s. BGE 142 IV 265, E. 2.3.2; 138 IV 120, E. 5.2; s. zur Kritik an dieser Methode JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 96 ff.

1085 BGE 132 IV 102, E. 8.1; BGer, Urteil 6B_483/2016 vom 30. April 2018, E. 3.5.1; 6B_913/2016 vom 13. April 2017, E. 3.1; JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 95; S. KOCH (2013), 123.

1086 BGE 132 IV 102, E. 8.1.

1087 StGB PK⁴-TRECHSEL/M. SEELMANN, Art. 49 N9.

1088 Sperrwirkung des milderen Straftatbestands nach oben, s. BGE 143 IV 145, E. 8.2.3 («Hätte der Beschwerdeführer eine Straftat der Beteiligung an einer kriminellen Organisation [Höchststrafe 5 Jahre] und eine Straftat der Förderung des rechtswidrigen Aufenthalts [Höchststrafe 1 Jahr] begangen, so könnte die Höchststrafe für beide Taten nicht, wie es gemäss dem Wortlaut von Art. 49 Abs. 1 StGB möglich wäre, 7½ Jahre, sondern in Anwendung des Kumulationsprinzips lediglich 6 Jahre betragen [...]»); s.a. S. KOCH (2013), 127.

1089 BGE 136 IV 55, E. 5.6; BGer, Urteil 6B_51/2016 vom 3. Juni 2016, E. 2.4.

jeweils die (hypothetischen) Einzelstrafen – im Sinne von (hypothetischen) Einsatzstrafen – festzusetzen hat. So führte es in BGE 144 IV 217 aus, dass «das Gericht die (hypothetischen) Einzelstrafen sämtlicher Delikte (zumindest gedanklich) gebildet hat», weshalb das Gewicht, das den verwirkten Straftaten im Rahmen der Gesamtstrafe zukomme, im Urteil auszuweisen sei.¹⁰⁹⁰ In der Folge rügte das Bundesgericht die Vorinstanzen vermehrt, wenn diese für die einzelnen (gleichartigen) Delikte keine Einsatzstrafen festsetzten.¹⁰⁹¹ Durch dieses Festsetzen der jeweiligen (hypothetischen) Einsatzstrafen kann entsprechend auch nachvollzogen werden, in welchem zahlenmässigen Umfang das Gericht dem Asperationsprinzip bei der Erhöhung der Strafe Rechnung trägt. Aus Gründen der Nachvollziehbarkeit ist die neue höchstrichterliche Rechtsprechung zu begrüssen, wonach das Gericht zunehmend seine vorgenommenen Gedankengänge darzulegen hat. Dies erscheint auch im Lichte der Begründungspflicht von Art. 50 StGB geboten, demgemäss im begründeten Urteil die für die Zumessung der Strafe erheblichen Umstände und deren Gewichtung festzuhalten sind.¹⁰⁹²

Art. 49 Abs. 2 StGB¹⁰⁹³ regelt die sog. *retrospektive Konkurrenz*, bei der eine (nachträgliche) Zusatzstrafe auszusprechen ist.¹⁰⁹⁴ Sie soll ebenfalls die Anwendung des Asperationsprinzips sicherstellen und betrifft Delikte, welche theoretisch in einem (früheren) Strafverfahren hätten beurteilt werden können, was aber aus – irgendwelchen – Gründen unterblieben ist.¹⁰⁹⁵ Dadurch soll verhindert werden, dass der Täter härter bestraft wird, nur weil nicht alle bisherigen Taten in einem einzigen Verfahren abgeurteilt wurden.¹⁰⁹⁶ Das Bundesgericht hielt in seiner früheren Rechtsprechung fest, dass auf die Ausfüllung einer

1090 BGE 144 IV 217, E. 5.3.5.

1091 BGer, Urteil 6B_382/2021 vom 25. Juli 2022, E. 2.4.2 ff.; 6B_986/2020 vom 6. Januar 2021, E. 4.3 («Die Vorinstanz setzt für die einzelnen Sexualdelikte keine Einzelstrafen fest, sondern beurteilt diese pauschal, was nicht zulässig ist [...]»); 6B_712/2018 vom 18. Dezember 2019, E. 3.1 («Die Vorinstanz folgt nicht der vom Bundesgericht entwickelten Methodik zur Gesamtstrafenbildung. Sie setzt für die einzelnen Geldwäschereihandlungen keine Einzelstrafen fest, sondern spricht für diese eine «Einheitsgeldstrafe» aus, was nicht zulässig ist»).

1092 Diese Meinung scheint das Bundesgericht auch bereits in BGer, Urteil 6B_802/2013 vom 27. Januar 2014, E. 2.5, vertreten zu haben.

1093 «Hat das Gericht eine Tat zu beurteilen, die der Täter begangen hat, bevor er wegen einer andern Tat verurteilt worden ist, so bestimmt es die Zusatzstrafe in der Weise, dass der Täter nicht schwerer bestraft wird, als wenn die strafbaren Handlungen gleichzeitig beurteilt worden wären.»

1094 JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 125; MATHYS², Rz. 521; PC CP², Art. 49 N 22 ff.; StGB PK⁴-TRECHSEL/M. SEELMANN, Art. 49 N 12.

1095 S. KOCH (2013), 159.

1096 BGE 133 IV 150, E. 5.2.1; BGer, Urteil 6B_382/2021 vom 25. Juli 2022, E. 2.5; JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 125; KILLIAS et al.², Rz. 1105; zum gerichtlichen Vorgehen bei der retrospektiven Konkurrenz s. eingehend StGB PK⁴-TRECHSEL/M. SEELMANN, Art. 49 N 14 f.

Zusatzstrafe zu verzichten bzw. eine Zusatzstrafe der Grösse null auszusprechen sei, wenn das Gericht zum Schluss komme, dass die frühere Strafe bei gleichzeitiger Aburteilung des ebenfalls vor dem ersten Urteil begangenen Delikts nicht höher ausgefallen wäre.¹⁰⁹⁷ Aufgrund der neueren Rechtsprechung, wonach das Bundesgericht die Unabänderlichkeit des rechtskräftigen Ersturteils verstärkt betont und für die neu zu beurteilende Straftat eine (eigenständige) Einsatzstrafe festzusetzen ist, kann jedoch wohl keine Zusatzstrafe der Grösse null mehr ausgesprochen werden.¹⁰⁹⁸ Vielmehr hat das Gericht eine Zusatzstrafe in Höhe von mindestens einer Strafeinheit (Tag Freiheitsstrafe, Tagessatz Geldstrafe oder CHF 1 Busse) festzusetzen. Im Gegensatz zu den Konkurrenzentscheidungen nach Art. 49 Abs. 1 StGB musste gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung bei der retrospektiven Konkurrenz das Gericht bereits früher Zahlenangaben dazu machen, wie sich die zugemessene Strafe quotenmässig zusammensetzt.¹⁰⁹⁹ Dies sei nötig, um überprüfen zu können, ob die Strafzumessung mit dem Bundesrecht im Einklang stehe.¹¹⁰⁰ Neben der retrospektiven Konkurrenz enthält Art. 49 Abs. 2 StGB sodann auch Ausführungen zur *teilweisen retrospektiven Konkurrenz*. Diese kommt bei der Beurteilung von strafbaren Handlungen zur Anwendung, die der Täter *teils vor, teils nach* einer bereits ergangenen Verurteilung wegen eines anderen Delikts begangen hat.¹¹⁰¹

Art. 49 Abs. 3 StGB regelt schliesslich noch die Frage, wie ein Täter zu beurteilen ist, der vor und nach dem 18. Altersjahr Straftaten verübt hat. Hat der Täter eine oder mehrere Taten vor Vollendung des 18. Altersjahres begangen, so dürfen diese bei der Bildung der Gesamtstrafe nach den Art. 49 Abs. 1 und 2 StGB nicht stärker ins Gewicht fallen, als wenn sie für sich allein beurteilt worden wären. Damit soll verhindert werden, dass der Täter etwa für ein Delikt, das nach Jugendstrafrecht eine Höchststrafe von vier Jahren Freiheitsentzug (Art. 25 Abs. 2 JStG) vorsieht, nun eine längere Freiheitsstrafe verbüssen muss, nur weil die Tat erst zu einem späteren Zeitpunkt beurteilt wird.¹¹⁰²

a4. Zusammentreffen von Strafmilderungs- und Strafschärfungsgründen

Es ist möglich, dass Strafmilderungsgründe sowie der Strafschärfungsgrund der mehrfachen Deliktsbegehung (in echter Konkurrenz) zusammentreffen. In einem solchen Fall wird der Strafraum entsprechend den gesetzlichen

1097 So auch BGE 118 IV 269, E. 5.

1098 BGE 142 IV 265, E. 2.4; vgl. in diesem Zusammenhang auch BGE 144 IV 217, E. 5.3.5.

1099 BGE 142 IV 265, E. 2.3.3; 132 IV 102, E. 8.3.

1100 BGE 118 IV 119, E. 2b; BGer, Urteil 6B_712/2010 vom 13. Dezember 2010, E. 1.3.2.

1101 Zum gerichtlichen Vorgehen eingehend StGB PK⁴-TRECHSEL/M. SEELMANN, Art. 49 N19 f., insb. unter Verweis auf BGE 145 IV 1, E. 1.3.f.

1102 KILLIAS et al.², Rz. 1118.

Bestimmungen nach *oben und unten* erweitert, d.h. unter Wegfall einer allfälligen Minimalstrafe und durch Erweiterung nach oben bis maximal des Anderthalbfachen des Höchstmasses der angedrohten Strafe für das schwerste Delikt.¹¹⁰³ Innerhalb dieses erweiterten Strafrahmens fungieren die Strafschärfungs- und -milderungsgründe als Straferhöhungs- und -minderungsgründe.¹¹⁰⁴ Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung können sich Strafmilderungs- sowie Strafschärfungsgründe auch gegenseitig kompensieren.¹¹⁰⁵ In seinem dazu massgebenden Entscheid hatte das Bundesgericht einen Fall zu behandeln, in dem der Täter einerseits – u.a. – zwei Morde begangen hatte, andererseits jedoch in beiden Fällen der Milderungsgrund der verminderten Zurechnungsfähigkeit (im mittleren bis schweren Grad) vorlag.¹¹⁰⁶ Der Täter wurde dabei trotz Vorliegens des Milderungsgrunds zu einer lebenslänglichen Freiheitsstrafe verurteilt. Eine solche «Kompensation» der verminderten Zurechnungsfähigkeit bei echter Konkurrenz von mehreren Tötungsdelikten ist jedoch verfehlt. Der Täter wurde durch das Gericht nämlich gleich hart bestraft wie jemand, der die Taten in voller Zurechnungsfähigkeit begangen hätte. Eine entsprechende Auslegung würde somit zu einer völligen Wirkungslosigkeit dieses Milderungsgrundes führen, was – im Sinne des Verschuldensstrafrechts – abzulehnen ist.¹¹⁰⁷

2. Die Strafzumessung innerhalb des Strafrahmens – Art. 47 StGB und die einzelnen Strafzumessungsgründe

Hat das Gericht die beschuldigte Person eines bestimmten Delikts für schuldig befunden, gibt, wie dargelegt, der dadurch zur Anwendung gelangte Tatbestand einen ordentlichen Strafrahm vor, der bei Vorliegen der aufgezeigten Milderungs- oder Schärfungsgründe nach oben und/oder unten erweitert werden kann resp. muss. In einem nächsten Schritt stellt sich dem Gericht nun die Frage, wie die Strafe *innerhalb* dieses Rahmens festzusetzen ist.¹¹⁰⁸ Dabei handelt es sich um die eigentliche vom Gericht vorzunehmende

1103 BRINER (1978), 46; GETH⁷, Rz. 605; REHBERG⁷, 65; SCHWANDER², Rz. 378; m.w.H. auf Lehre und Rechtsprechung S. KOCH (2013), 134 f.

1104 JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 99 f.

1105 BGE 116 IV 300, E. 2a; BGer, Urteil 6B_794/2008 vom 1. Dezember 2008, E. 2.2; vgl. auch CUENDET/GENTON, forumpoenale 2017, 323.

1106 BGE 116 IV 300, E. 1.

1107 Krit. ebenfalls REHBERG⁷, 65; SCHULTZ, ZBJV 1992, 9; WIPRÄCHTIGER, ZStrR 1996, 448 Fn. 85; s.a. StGB PK⁴-TRECHSEL/M. SEELMANN, Art. 49 N 9.

1108 ALLEMANN (1917), 19; JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 63; QUELOZ, ZStrR 1998, 150 ff.; STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 2; BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 84; vgl. auch BGE 117 IV 112, E. 1.

Strafzumessung i.e.S., wofür es sich auf die gesetzlichen Bestimmungen von Art. 47 StGB abzustützen hat.¹¹⁰⁹

Von grundlegender Bedeutung für die Strafzumessung innerhalb des Strafrahmens sind die sog. *Strafzumessungsgründe*.¹¹¹⁰ In der deutschen Strafzumessungslehre sowie zunehmend auch im schweizerischen Schrifttum unterscheidet man diesbezüglich verschiedene Kategorien von Strafzumessungsgründen im Sinne von aufeinander aufbauenden Prüfungsphasen, um den vielgestaltigen Problemen des Strafzumessungsvorgangs beikommen zu können. Findet sich ein mehrstufiger Aufbau etwa schon seit geraumer Zeit beim Verbrechensaufbau der finalen Handlungslehre (Tatbestand, Rechtswidrigkeit, Schuld),¹¹¹¹ ist eine systematische Einteilung des Strafzumessungsvorgangs zwar neueren Datums, jedoch nicht minder essenziell. Es werden grundsätzlich *drei* verschiedene Kategorien von Strafzumessungsgründen unterschieden. Dies sind die *finalen* (nachfolgend a.), *realen* (b.) sowie *logischen* (c.) Zumessungsgründe.¹¹¹² Erstere bestimmen den Zweck der Strafe (*causa finalis*) und beinhalten Überlegungen zu den bereits behandelten Strafzwecken des Schuldgleichs und der Prävention (wozu straft das Gericht?).¹¹¹³ Ist nämlich unklar, aus welchem Grund bzw. zu welchem Zweck eine Strafe ausgesprochen werden soll, kann auch keine korrekte Zumessung derselben erfolgen.¹¹¹⁴ Die *realen* Strafzumessungsgründe (*causa essendi*) umfassen *konkrete* Sachverhaltselemente, die im Rahmen der Strafzumessung berücksichtigt werden dürfen (was ist bei der Strafzumessung an «Sachverhalt» zu berücksichtigen?).¹¹¹⁵ Es handelt sich bei ihnen entsprechend um *tatsächliche* Zumessungsgründe, sie werden daher auch *Strafzumessungstatsachen* genannt.¹¹¹⁶ Darunter fallen die noch eingehend zu untersuchenden *Tat- und Täterkomponenten*.¹¹¹⁷ Je nach Komponente kann dabei eine be- oder entlastende Wirkung für den Täter eintreten.¹¹¹⁸ Die *logischen* Strafzumessungsgründe (*causa* oder *ratio cognoscendi*) führen

1109 JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 63.

1110 StGB PK⁴-TRECHSEL/M. SEELMANN, Art. 47 N 9 ff.; BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 84 ff.; vgl. auch SPENDEL, ZStW 1971, 204 ff.; DERS. (1954), 192 ff.

1111 Vgl. etwa GETH⁷, Rz. 97; SONNEN, in: FS Puppe, 1013; STRATENWERTH AT I⁴ § 8 N 3 ff.

1112 ARZT, recht 1994, Rz. 8; BRUNS² (1985), 6, 81 ff.; BRUNS/GÜNTGE³, 10, 89 ff.; DREHER, JZ 1968, 210; SPENDEL ZStW 1971, 204; DERS. (1954), 191; STRENG (1984), 45; NK StGB I⁵-STRENG, § 46 N 123; StGB PK⁴-TRECHSEL/M. SEELMANN, Art. 47 N 9.

1113 ARZT, recht 1994, Rz. 8; BRUNS/GÜNTGE³, 10, 92; SPENDEL, ZStW 1971, 204; DERS. (1954), 192; StGB PK⁴-TRECHSEL/M. SEELMANN, Art. 47 N 9; vgl. dazu vorne I.B.

1114 Vgl. vorne I.B.

1115 ARZT, recht 1994, Rz. 10; BRUNS² (1985), 6; BRUNS/GÜNTGE³, 10; SPENDEL (1954), 192; StGB PK⁴-TRECHSEL/M. SEELMANN, Art. 47 N 9.

1116 SPENDEL, ZStW 1971, 204; StGB PK⁴-TRECHSEL/M. SEELMANN, Art. 47 N 9.

1117 Vgl. eingehend hinten I.D.2.b.

1118 StGB PK⁴-TRECHSEL/M. SEELMANN, Art. 47 N 9.

schliesslich zu einer richtigen Einordnung bzw. richtigen Festsetzung der konkreten Strafe in den jeweiligen Strafraumen, indem die finalen und realen Zumessungsgründe verknüpft und in eine bestimmte Strafhöhe «umgegossen» werden.¹¹¹⁹

Das Zusammenspiel dieser drei Zumessungsgründe lässt sich somit wie folgt zusammenfassen: Die Strafhöhe soll mit einer am Strafzweck orientierten, den Regeln der Logik folgenden Bewertung der realen Strafzumessungstatsachen begründet werden; oder anders formuliert: Das Gericht verhängt diese konkrete Strafe, *weil* die *in concreto* einschlägigen Strafzumessungstatsachen gestützt auf die zugrundeliegenden Strafzwecke eine solche gebieten.¹¹²⁰ Die Lehre dieser drei Strafzumessungsgründe präsentiert dabei selbst keine Leitlinien, wie die «richtige» Strafzumessung vorzunehmen ist; sie sagt somit nichts darüber aus, welche Strafzwecke anzuwenden sind, welche Strafzumessungstatsachen im konkreten Fall für oder gegen den Täter ins Feld geführt werden und wie sie schliesslich in eine konkrete Strafhöhe umgewandelt werden können.¹¹²¹ Auch ist fraglich, ob ein Vorgehen nach einem solchen Ordnungsprinzip in der Praxis effektiv vorgenommen wird, da das Gericht in einer wohl nicht zu unterschätzenden Anzahl von Entscheiden intuitiv eine gesamtheitliche Beurteilung vornimmt, ohne sich die einzelnen Zumessungsgründe in ihrem Zusammenspiel bewusst vor Augen zu führen.¹¹²² Dieser – *de facto* schwache – Grund kann jedoch kein Hindernis sein, eine gewisse Systematisierung des Strafzumessungsvorgangs vorzunehmen. Auch soll eine solche methodische Darstellung nicht davon abhalten, in der Praxis gebräuchliche «Zumessungshilfen» in den Vorgang miteinzubeziehen. Der Nutzen einer solchen Aufteilung besteht nämlich darin, der Praxis sowie der Lehre, gestützt auf eine nach den drei Phasen geordnete Vorgehensweise, dabei zu helfen, Strafzumessungsprobleme zu lokalisieren und zu erfassen sowie überhaupt ein generelles Ordnungsprinzip zur Verfügung zu stellen.¹¹²³ Selbstverständlich kann – und wird in der Praxis – von diesem Prinzip auch abgewichen oder es können Anpassungen vorgenommen werden. Für die vorliegende Untersuchung bietet sich eine solche Aufteilung jedoch an, da dadurch eine gewisse systematische Herangehensweise an den Strafzumessungsvorgang möglich ist. Gleichzeitig gilt es jedoch auch zu beachten, dass die vorgenommene Dreiteilung der

1119 ARZT, recht1994, Rz. 11; BRUNS² (1985), 6; BRUNS/GÜNTGE³, 10; SPENDEL (1954), 193; StGB PK⁴-TRECHSEL/M. SEELMANN, Art. 47 N 9.

1120 STAHL (2015), 19.

1121 Dazu prägnant STRENG (1984), 46: «Man überfordert das System aber eindeutig, wenn man erwartet, dass es die Probleme, die es darzustellen hilft, auch noch lösen soll.»

1122 Vgl. SCHOTT (2004), 104; NK StGB I⁵-STRENG, § 46 N124.

1123 STRENG (1984), 46.

Zumessungsgründe nicht bedeutet, dass diese losgelöst voneinander Einfluss auf die Strafzumessung haben können; vielmehr hängen diese drei Kategorien untrennbar miteinander zusammen und stehen in einer gegenseitigen Wechselbeziehung.¹¹²⁴ Die vorgenommene Aufteilung ist jedoch zwecks systematischer Erfassung der gerichtlichen Begründung des Strafmasses geboten, führten doch schon FRIEDRICH SCHILLER («Leider wissen wir nur das, was wir scheiden»)¹¹²⁵ und JOHANN WOLFGANG VON GOETHE («Es gibt keine Mitteilung, keine Lehre ohne Sonderung»)¹¹²⁶ aus, dass eine Auftrennung gewisser Themenkomplexe zwecks eingehenderen Verständnisses derselben unabdingbar ist.

Insbesondere in der deutschen Lehre wird sogar eine noch differenziertere Aufteilung des Strafzumessungsvorgangs vorgenommen, wonach die Strafzumessung in *fünf Schritten* zu verlaufen habe (*Fünf-Phasen-Modell*):¹¹²⁷ 1. Bestimmung der relevanten gesetzlichen Strafzwecke; 2. Ermittlung der relevanten Strafzumessungstatsachen; 3. Festlegung ihrer Bewertungsrichtung (straferhöhende oder -mindernde Wirkung); 4. Abwägung der relevanten Umstände gegeneinander; 5. Umwertung der relativen Grössen in absolute Zahlen, d.h. Eingliederung des Falles innerhalb des Strafrahmens aufgrund der gewonnenen Anhaltspunkte. Dabei handelt es sich im Grundsatz um dieselbe Aufteilung der finalen (1.), realen (2.) sowie logischen (5.) Zumessungsgründe, die bereits dargelegt wurden. Hinzu kommen noch die Punkte 3. und 4., welche im erweiterten Modell als eigene Phasen konstituiert sind. Die Punkte der Festlegung der Bewertungsrichtung (3.) sowie deren Abwägung (4.) sind auch nach dem Drei-Phasen-Modell vorzunehmen, jedoch werden sie dort als Vorstufen zu den logischen Strafzumessungsgründen erfasst und innerhalb der dortigen Ausführungen behandelt.¹¹²⁸ Zum Teil finden sich auch Vertreter eines siebenstufigen Zumessungsmodells, wonach einerseits die Strafrahmenvahl dem Schema als erster Punkt vorangestellt wird, andererseits stellt dort der letzte Schritt eine abschliessende Gesamtbetrachtung dar.¹¹²⁹ Vorliegend wurde die Wahl des Strafrahmens bereits abgehandelt und der Strafzumessung innerhalb des Rahmens vorangestellt.¹¹³⁰ Insofern entspricht auch dieser

1124 Vgl. SPENDEL (1954), 199.

1125 VON GOETHE/SCHILLER⁴, Brief von Schiller an Goethe vom 23. August 1794.

1126 VON GOETHE (O.J.), 55.

1127 BRUNS² (1985), 6; DERS., ZStW 1982, 115; BRUNS/GÜNTGE³, 10 f.; BKK⁷⁰-FISCHER, § 46 N 13; NK StGB I⁵-STRENG, § 46 N 123; Komm. Strafgesetzbuch⁴-VON HEINTSCHEL-HEINEGG, § 46 N 6; vgl. auch STRENG (1984), 46; BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 88b.

1128 Vgl. hinten I.D.2.c.

1129 So etwa B.-D. MEIER⁵, 167 ff.; SCHALL/SCHIRRMACHER, Jura 1992, 514 ff.; zudem existieren noch ausführlichere Phasen-Modelle, so etwa das Acht-Phasen-Modell bei S/S³⁰-KINZIG, § 46 N 3, oder das Elf-Phasen-Modell bei STRENG³, Rz. 653.

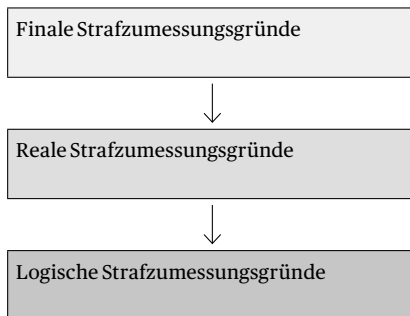
1130 Siehe vorne I.D.1.

Schritt des Sieben-Phasen-Modells der vorliegend dargelegten Vorgehensweise. Was die dem letzteren Modell inhärente abschliessende Gesamtbetrachtung anbelangt, so wird zum Teil vertreten, dass Entscheide zur Strafzumessung i.w.S. (etwa Entscheide zur Straftat, Strafmodi u.Ä.) Einfluss auf die Beurteilung der Schuldangemessenheit des «ursprünglich» festgesetzten Strafmasses haben können. Darauf gilt es im Folgenden ebenfalls noch einzugehen (d.).¹¹³¹ Vorausgreifend kann jedoch schon hier festgehalten werden, dass in der Tat eine Wechselwirkung zwischen bestimmten Umständen der Strafzumessung i.e.S. und der Strafzumessung i.w.S. bestehen kann und sich auch eine abschliessende Gesamtbetrachtung des Strafzumessungsvorgangs anbietet.

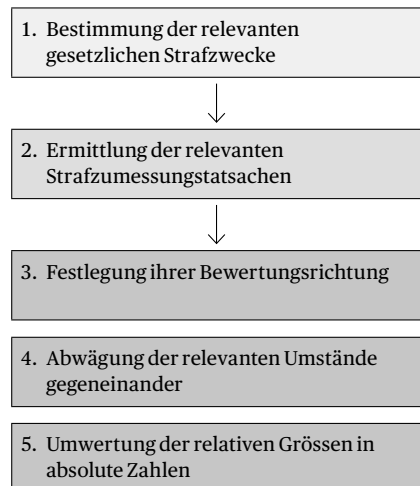
Vorliegend wird grundsätzlich zwar von einer Aufschlüsselung nach drei Zumessungsgründen (final, real und logisch) ausgegangen, da eine solche (Grund-)Aufteilung durch ihre Übersichtlichkeit besticht. Im Bereich der logischen Strafzumessungsgründe bietet es sich jedoch durchaus an, auf die Feineinteilung des Fünf-Phasen-Modells zurückzugreifen.¹¹³² Was mögliche Wechselwirkungen zwischen der Strafzumessung i.e.S. und der Strafzumessung i.w.S. anbelangt, so wird dieses Modell jedoch noch zu erweitern sein.¹¹³³

Graphisch präsentieren sich die Modelle wie folgt:

Drei-Phasen-Modell:



Fünf-Phasen-Modell:



1131 Siehe hinten I.D.2.d.

1132 Siehe hinten I.D.2.c.

1133 Siehe hinten I.D.2.d.

Gesetzliche Grundlage für die Zumessung der Strafe (innerhalb des Strafrahmens) im konkreten Fall – und damit grundlegende Bestimmung für alle drei Strafzumessungsgründe – ist der schon erwähnte Art. 47 StGB.¹¹³⁴

Dieser lautet:

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

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

Die zwei Absätze des Art. 47 StGB sind dabei wie folgt zu verstehen: Abs. 1 statuiert, dass das Gericht die Strafe nach dem Verschulden des Täters zumisst und erwähnt sog. *Täterkomponenten* wie dessen Vorleben und seine persönlichen Verhältnisse.¹¹³⁵ Auch hat es die Wirkung der Strafe auf das künftige Leben des Täters miteinzubeziehen. Im Gegensatz dazu enthält Abs. 2 die sog. *Tatkomponenten*.¹¹³⁶ Diese lassen sich wiederum in eine *objektive* und eine *subjektive* Seite einteilen, wobei die subjektive Seite der Tatkomponenten und die Täterkomponenten Berührungspunkte aufweisen.¹¹³⁷

Im Folgenden gilt es darzulegen, welche (finalen und realen) Strafzumessungsgründe Art. 47 StGB enthält, die entsprechend im Rahmen der Strafzumessung i.e.S. zu beachten sind. Dabei bietet sich für die Beantwortung dieser Frage an, dass Art. 47 StGB im Rahmen der zuvor erwähnten Strafzumessungsgründe systematisch analysiert wird. Was die logischen Strafzumessungsgründe anbelangt, so soll hierbei insb. der Punkt der Umwertung der relativen Grössen in absolute Zahlen – als fünfter und letzter Punkt des Fünf-Phasen-Modells – bzw. die Festsetzung einer bestimmten Strafhöhe aufgrund der ausgearbeiteten Strafzumessungskriterien nicht eingehend untersucht werden, da die dort vorgenommene Umwandlung von Schuld in Strafe den schwierigsten Schritt im Rahmen des Strafzumessungsvorgangs darstellt und es bis

1134 Siehe KILLIAS et al.², Rz. 1210; STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 6.

1135 CUENDET/GENTON, forumpoenale 2017, 323; NAY, ZStrR 1994, 176; StGB PK⁴-TRECHSEL/M. SEELMANN, Art. 47 N 2; STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 16, 36 ff. m.w.H.; s. dazu sogleich hinten I.D.2.b.

1136 CUENDET/GENTON, forumpoenale 2017, 323; NAY, ZStrR 1994, 176; StGB PK⁴-TRECHSEL/M. SEELMANN, Art. 47 N 2; s. dazu sogleich hinten I.D.2.b.

1137 StGB PK⁴-TRECHSEL/M. SEELMANN, Art. 47 N 2.

heute keine exakte «Umwandlungsmethode» dafür gibt.¹¹³⁸ Eine eingehende Behandlung dieser Problematik – geschweige denn die Ausarbeitung eines exakten Lösungsvorschlags – würde, wie bereits in der Einleitung dargelegt wurde, zu weit führen und den Rahmen der vorliegenden Abhandlung bei Weitem sprengen. Entsprechend wird diesbezüglich nur auf die groben Problemfelder einzugehen sein.¹¹³⁹

Neben den Ausführungen zu den einzelnen Zumessungsgründen soll im Folgenden auch noch kursorisch dargelegt werden, inwiefern Überlegungen zur Strafzumessung i.w.S. Einfluss auf die Strafzumessung innerhalb des Strafrahmens haben können und mithin zu beachten sind.¹¹⁴⁰

Da die deutsche Bestimmung von § 46 Abs. 1 und 2 StGB/D eine grossenteils mit der schweizerischen Normierung übereinstimmende Regelung enthält, kann bei der nachfolgenden Untersuchung auch die deutsche Rechtsprechung und Lehre in die Überlegungen miteinbezogen werden.¹¹⁴¹

a. Finale Strafzumessungsgründe – Ausrichtung an den anerkannten Strafzwecken

In einem ersten Schritt soll Art. 47 StGB hinsichtlich der ihm inhärenten finalen Strafzumessungsgründe untersucht werden. Die finalen Strafzumessungsgründe setzen sich, wie erwähnt, mit der Frage auseinander, auf welche Strafzwecke sich die Strafzumessung abstützen soll.¹¹⁴² Für die Strafzwecke und -theorien selbst kann auf das bereits Ausgeführte verwiesen werden.¹¹⁴³ Im

1138 STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 80.

1139 Vgl. hinten I.D.2.c.

1140 Siehe hinten I.D.2.d.

1141 § 46 Abs. 1 und 2 StGB/D lauten:

«(1) Die Schuld des Täters ist Grundlage für die Zumessung der Strafe. Die Wirkungen, die von der Strafe für das künftige Leben des Täters in der Gesellschaft zu erwarten sind, sind zu berücksichtigen.

(2) Bei der Zumessung wägt das Gericht die Umstände, die für und gegen den Täter sprechen, gegeneinander ab. Dabei kommen namentlich in Betracht:

die Beweggründe und die Ziele des Täters, besonders auch rassistische, fremdenfeindliche, antisemitische oder sonstige menschenverachtende,

die Gesinnung, die aus der Tat spricht, und der bei der Tat aufgewendete Wille, das Mass der Pflichtwidrigkeit,

die Art der Ausführung und die verschuldeten Auswirkungen der Tat,

das Vorleben des Täters, seine persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse sowie sein Verhalten nach der Tat, besonders sein Bemühen, den Schaden wiedergutzumachen, sowie das Bemühen des Täters, einen Ausgleich mit dem Verletzten zu erreichen.»

Gleiches gilt auch für die Regelung des österreichischen Strafgesetzbuchs (§ 32 StGB/Ö).

1142 ARZT, recht 1994, Rz. 11; SPENDEL, ZStW 1971, 204; StGBPK⁴-TRECHSEL/M. SEELMANN, Art. 47 N 9.

1143 Siehe vorne I.B.

Gegensatz zu den dort gemachten Überlegungen geht es vorliegend jedoch nicht nur um die allgemeine – theoretische – Frage des Zweckes des Strafrechts und der Strafe schlechthin, sondern um die engere Fragestellung, ob und wie die Strafzwecke die Strafzumessung i.e.S. gestützt auf Art. 47 StGB im konkreten Fall beeinflussen können oder sollen.¹¹⁴⁴ Zu klären ist mithin, welche kriminalpolitischen Zwecke das geltende Recht als legitim anerkennt, was das Gericht also mit der auszusprechenden Strafe zu erreichen gedenkt bzw. erreichen soll, und warum eine Strafe in einer gewissen Höhe verhängt werden muss. Eine Beantwortung der Strafzweckfrage bei der Strafzumessung nach Art. 47 ff. StGB ist aufgrund des gewichtigen Grundrechtseingriffs, den eine Bestrafung nach sich zieht, von hoher Signifikanz; zu Recht wird nämlich moniert, dass eine zu grosse Offenheit bei der Frage der zu beachtenden Strafzwecke «eine Ziehharmonika [sei], auf der die Richter nach Lust und Laune Vergeltungs- und Präventionsmusik machen können».¹¹⁴⁵ Zur Lösung dieser Problematik gilt es dabei auch den hier interessierenden Zweck der Straffestsetzung von demjenigen der Strafdrohung (hier unserer Frage vorverlagert) auseinanderzuhalten.¹¹⁴⁶ Im Folgenden soll untersucht werden, inwiefern das Schuldprinzip (nachfolgend a1.) sowie die Spezial- und Generalprävention (a2.) – von HEINZ ZIPF als das «magische Dreieck der Strafbemessung» bezeichnet¹¹⁴⁷ – Einfluss auf die Strafzumessung nach schweizerischem Recht nehmen und wie diese finalen Strafzumessungsgründe in ein geordnetes Verhältnis zueinander gebracht werden können (a3.). Wie aufgezeigt werden konnte, streben sie teilweise in ihrer Zweckrichtung auseinander (*Antinomie der Strafzwecke*).¹¹⁴⁸

Der Umstand, dass die finalen Strafzumessungsgründe im vorliegend zur Anwendung kommenden Drei-Phasen-Zumessungsmodell an erster Stelle kommen, bedeutet nicht, dass sich die finale Frage nach den Strafzwecken – im Unterschied zu den realen und logischen Zumessungsgründen – bei jedem Strafzumessungsvorgang nochmals zu stellen hat und sich das Gericht jedes Mal von Neuem entscheiden muss, welcher Strafzweck Vorrang genießt. Vielmehr handelt es sich bei der Auseinandersetzung mit den finalen Strafzumessungsgründen um eine Vorfrage, die, einmal beantwortet, dem Gericht die Zielsetzung der sich stellenden Strafzumessungsfragen vor Augen führen soll. Zwar hat das Bundesgericht ausgeführt, dass strafzumessungsrechtliche

1144 Vgl. BRUNS/GÜNTGE³, 91.

1145 DROST (1930), 216.

1146 Diesem liegen grundsätzlich generalpräventive Überlegungen zugrunde; vgl. dazu BRUNS² (1985), 81; BRUNS/GÜNTGE³, 91.

1147 ZIPF, ÖJZ 1979, 198.

1148 BRUNS, in: FS Dreher, 251; ELLScheid/HASSEMER, in: Lüderssen/Sack, 272; JESCHECK/WEIGEND⁵, 76; ZIPF, ÖJZ 1979, 198.

Vorbringen «nicht justiziabel [seien], soweit sie die vorinstanzliche Strafzumessung aus allgemeiner rechtspolitischer Warte» kritisieren würden, wodurch «die Bundesrechtskonformität der Strafzumessung [...] im Einzelfall auch nicht direkt anhand von Strafzwecktheorien überprüfbar [sei]»,¹¹⁴⁹ jedoch wird vorliegend die Meinung vertreten, dass insofern eine Justiziabilität gewährleistet werden muss, als durch eine eingehende Auseinandersetzung mit den – *de lege lata* zulässigen – finalen Strafzumessungsgründen insb. strafzumessungsfremde – und damit unzulässige – Zumessungsumstände aus dem Strafzumessungsvorgang ausgeschlossen werden können.¹¹⁵⁰

a1. Das Schuldprinzip

In seinem ersten Absatz statuiert Art. 47 StGB, dass das Gericht die Strafe nach dem *Verschulden* des Täters zumisst. Ausgehend von diesem Wortlaut erhellt, dass das Gesetz bei der Zumessung der Strafe das Verschulden des Täters als *Ausgangspunkt* hervorhebt.¹¹⁵¹ Obgleich das Gesetz den Begriff «Verschulden» anstatt «Schuld» verwendet – auf die terminologische Unterscheidung wird noch genauer einzugehen sein¹¹⁵² –, kann hier bereits vorangestellt werden, dass sich diese beiden Bezeichnungen auf den *klassischen Schuld*begriff beziehen.¹¹⁵³ Das Abstellen auf das Verschulden setzt entsprechend voraus, dass durch den Täter schon eine strafbare Handlung im Sinne eines strafrechtlich relevanten Unrechts *begangen* worden sein muss. Auch das Bundesgericht hielt wiederholt fest, dass die Schwere des Verschuldens das Hauptkriterium für die Strafzumessung bilde; das Gericht bestimme das Ausmass des Verschuldens unter Beachtung der bei der Strafzumessung zu berücksichtigenden Einzelmomente.¹¹⁵⁴ Ist nun die Begehung einer strafbaren Handlung Ausgangspunkt der staatlichen Strafe und soll durch sie im Sinne des klassischen

1149 Der Beschwerdeführer hatte die Fragen aufgeworfen, ob das Anliegen der Resozialisierung genügend berücksichtigt worden sei, ob spezial- und generalpräventive Aspekte in einem ausgewogenen Verhältnis zueinander stehen würden und ob die Vorinstanz den Strafzweck der Vergeltung übermässig gewichtet habe, BGer, Urteil 6B_1170/2019 vom 23. November 2020, E. 1.2.

1150 Siehe dazu eingehend hinten I.D.2.a.a2. und I.D.2.b.; vgl. auch ARNDT, SJZ 1946, 30 f.; B.-D. MEIER⁵, 169 f.; SPENDEL (1954), 196 ff.

1151 BGE 136 IV 55, E. 5.4; 129 IV 6, E. 6.1; 123 IV 1, E. 2; BGer, Urteil 6B_48/2007 vom 12. Mai 2007, E. 3.1; P. ALBRECHT, SJZ 1983, 263; ARZT, recht 1994, Rz. 8 ff.; BSK StGB I⁴-BOMMER, Vor Art. 19 N 31; O. A. GERMANN, ZStrR 1942, 24; PAREIN (2010), 127; SCHULTZ AT II⁴, 75; SCHWANDER², Rz. 427; STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 6.

1152 Siehe hinten I.D.2.a.a1.i. ff.

1153 Siehe z.B. BGer, Urteil 6S.237/2006 vom 10. November 2006, E. 1.2 («[...] misst der Richter die Strafe nach dem Verschulden des Täters zu [...]. Die Strafzumessung ist vom Schuldprinzip beherrscht [...]»); m.w.H. sogleich I.D.2.a.a1.i.

1154 Vgl. etwa BGE 116 IV 288, E. 2.a.

Schuldprinzips das verschuldete Unrecht des Täters ausgeglichen werden, ist die Strafe vergangenheitsbezogen ausgerichtet und entspricht insofern den *absoluten Straftheorien*.¹¹⁵⁵ Strafe setzt somit Schuld voraus, was bedeutet, dass Schuld *strafbegründend* wirkt.¹¹⁵⁶ Ist entsprechend eine Person in Bezug auf zukünftige Gefährdungen noch so besserungsbedürftig oder wäre sie einer Abschreckung zugänglich, darf gegen sie erst eine Strafe ausgefällt werden, wenn eine Straftat (schuldhaft) begangen wurde.¹¹⁵⁷ Damit ist nun zwar – das Offensichtliche – gesagt, *wann* eine Strafe ausgesprochen werden darf; *wie* sie genau in ihrer Höhe festzulegen ist, hat sich aber nun nach dem durch das Gesetz verwendeten Begriff des Verschuldens zu richten. Doch was bedeutet dieses «Verschulden» genau und wie lässt sich dieses «messen»?

i. Die Strafbegründungsschuld

Kommt man im Rahmen der Strafzumessung nun mit dem Begriff des Verschuldens bzw. der Schuld in Berührung, stellt sich einem unweigerlich die Frage, was für ein Zusammenhang zwischen der Schuld, welche eine Straftat im Sinne des Strafgesetzbuchs erst begründet (sog. *Strafbegründungsschuld*),¹¹⁵⁸ und dem Verschulden bzw. der Schuld, welche gem. Art. 47 StGB Grundlage der strafzumessungsrechtlichen Überlegungen darstellt, besteht. In der Lehre

1155 STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 9; vgl. auch SCHERTENLEIB (1949), 30 f.

1156 Botschaft, BBl 1999 II, 2060; SCHULTZ AT II⁴, 75; BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 11; eingehend des Weiteren sogleich I.D.2.a.a1.v.

1157 JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 19; eingeschlossen Versuchsstrafbarkeit sowie strafbare Vorbereitungshandlungen; in Bezug auf rein präventive Massnahmen gegen gefährliche Personen muss das entsprechende Polizeirecht herangezogen werden. Bei Fällen reiner Fremdgefährdung kommen dabei jedoch zunehmend strafprozessuale Massnahmen wie der präventive Haftgrund der Ausführungsgefahr zur Anwendung (krit. dazu P. ALBRECHT, *sui generis* 2018, N 21 ff.; M. SEELMANN, APARIUZ 2017, 117 ff.); ebenfalls wurde durch das Bundesgericht die Anwendbarkeit der erwachsenenschutzrechtlichen Bestimmungen des Zivilgesetzbuchs in Ausnahmefällen bei reiner Fremdgefährdung bejaht (BGer, Urteil 5A_228/2016 vom 11. Juli 2016, E. 4.3.1; vgl. dazu auch BERTSCH/LOEB, ZKE 2016, 371 f.; CONINX, ZSR 2016 I, 403; M. SEELMANN, APARIUZ 2017, 126 f.).

1158 P. ALBRECHT, ZStrR 2017, 459; BSK StGB⁴-BOMMER, Vor Art. 19 N 2; B.-D. MEIER⁵, 189; SIMMLER (2016), 12; vgl. auch ACHENBACH (1974), 4 f.; SONNEN, in: FS Puppe, 1013; der Grundsatz «*nulla poena sine culpa*» wird zwar nicht explizit durch die Bundesverfassung festgehalten, jedoch hat ihn das Bundesgericht mehrfach als geltend vorausgesetzt, BGE 135 IV 6, E. 4.2 («[...] das Schuldprinzip, auf welchem das Strafrecht fusst [...]»); 134 IV 132, E. 6.1 («Die Bestimmungen des Strafgesetzbuches über die Schuldfähigkeit sind Ausfluss des das ganze Strafrecht beherrschenden Schuldprinzips [...]»); 120 IV 313, E. 2 («Il est [...] insupportable, dans un système entièrement dominé par le principe selon lequel la répression est fonction de la faute, que l'accusé soit reconnu coupable d'une infraction sans avoir commis la moindre faute [...]»); s. dazu auch P. ALBRECHT, SJZ 1983, 263; SIMMLER (2016), 36.

wird Letztere als sog. *Strafzumessungsschuld* bezeichnet.¹¹⁵⁹ Was unterscheidet nun die Strafbegründungs- von der Strafzumessungsschuld? Oder beschreiben beide Begriffe eigentlich das Gleiche? Trotz seiner Wichtigkeit wurde diese Frage in der schweizerischen Lehre und Rechtsprechung bisher nur marginal diskutiert. Im Gegensatz dazu hat in Deutschland diesbezüglich schon ein breiterer Diskurs stattgefunden, obgleich er im Vergleich zu Debatten über die Strafbegründungsschuld auch dort noch ein Randphänomen darstellt.¹¹⁶⁰

Als Strafrechtlerin oder Strafrechtler kommt man mit dem Begriff der Schuld zuallererst im Zusammenhang mit dem *normativen Schuld begriff* in Berührung.¹¹⁶¹ Demzufolge wird bei Prüfung der konkreten Strafbarkeit einer Person auf der Ebene des Tatbestands und der Rechtswidrigkeit zum einen zunächst der Gegenstand der Unrechtswertung und zum anderen die Unrechtswertung selbst geprüft; auf der Ebene der Schuld erfolgt schliesslich die Entscheidung über die Frage, ob die tatbestandsmässige und rechtswidrige Tat dem Täter auch individuell zugerechnet werden kann.¹¹⁶² Bei der Schuld handelt es sich mithin – wie bei der Tatbestandsmässigkeit und der Rechtswidrigkeit – um ein *materielles* Deliktsmerkmal innerhalb der Stufen des Verbrechensaufbaus der finalen Handlungslehre.¹¹⁶³ Wird innerhalb des Verbrechensaufbaus ein strafrechtlich relevantes Unrecht verneint, stellt sich die Schuldfrage aufgrund ihrer der Tatbestandsmässigkeit und der Rechtswidrigkeit nachgestellten Position gar nicht.¹¹⁶⁴ Falls ein Unrecht demgegenüber bejaht wird, ist zwecks Schuld begründung erforderlich, dass der Täter die Möglichkeit gehabt haben muss, das rechtlich Gebotene zu erkennen, und die Freiheit, entsprechend dieser Einsicht zu handeln.¹¹⁶⁵ Der Schuldvorwurf ist insofern normativ, als ein vergleichendes Schuldurteil, welches das Modell eines «massgerecht» sozialisierten Rechtsgenossen» zum Massstab nimmt, sich auf die «persönliche Vorwerfbarkeit einer rechtlich fehlerhaften Willens-

1159 P. ALBRECHT, ZStrR 2017, 459; BSK StGB⁴-BOMMER, Vor Art. 19 N 2; SIMMLER (2016), 12; vgl. auch ACHENBACH (1974), 4; BURGSTALLER, RZ 1982, 145; FRISCH, in: Frisch, Schuld, 16; S/S³⁰-KINZIG, Vor §§ 38 ff. N 18; B.-D. MEIER⁵, 189; STRENG, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius, Bd. 3, § 66 N 40; ZIPF, JBl 1980, 190 f.; DERS. (1977), 28 ff.

1160 Vgl. etwa FRISCH, in: Frisch, Schuld, 16 ff.; DERS., in: FS Müller-Dietz, 237 ff.; DERS., ZStW 1987, 385 f.; HÖRNLE, JZ 1999, 1080 ff.; für Österreich vgl. BERNREITER (2015), 65 ff.

1161 FIOLOKA, ZStrR 2007, 138; GETH⁷, Rz. 209; TRECHSEL/P. NOLL/PIETH⁷, 143.

1162 BSK StGB I⁴-BOMMER, Vor Art. 19 N 3; FRISCH, in: Frisch, Schuld, 16; GETH⁷, Rz. 208; HIRSCH, in: Kohlmann, 638; TRECHSEL/P. NOLL/PIETH⁷, 143.

1163 Vgl. GETH⁷, Rz. 94 ff.; A. KAUFMANN, in: FS Lange, 32; SCHMIDHÄUSER² (1975), 13; STRATENWERTH AT I⁴, § 8 N 1 ff.

1164 BSK StGB I⁴-BOMMER, Vor Art. 19 N 3.

1165 STRATENWERTH AT I⁴, § 11 N 1; TRECHSEL/P. NOLL/PIETH⁷, 143.

bildung und Willensbetätigung und damit auf die normative Bewertung eines psychischen Sachverhalts» abstützt.¹¹⁶⁶ Anders gesagt kommt es auf der Stufe der Schuld zu einem Werturteil, das die Frage beantwortet, ob dem Täter sein Verhalten aufgrund von strafrechtlichen Massstäben vorgeworfen werden kann; es geht mithin um die *Vorwerfbarkeit* des Unrechts.¹¹⁶⁷

Im Gegensatz zum normativen Schuldbegriff war früher der sog. *psychologische Schuldbegriff* verbreitet. Dieser beruhte auf der Auffassung, dass die objektiven Elemente der Straftat zuzuordnen waren, während die subjektiven Elemente der Schuld zugehörten.¹¹⁶⁸ So führte ERNST BELING 1906 in seinem Werk «Lehre vom Verbrechen» Folgendes aus: «Nun besteht die Schuld bei allem Streit um ihr Wesen jedenfalls in der psychischen Beziehung zu der Tat in ihrer objektiven Bedeutung, in dem seelischen Spiegelbilde von der Wirklichkeit.»¹¹⁶⁹ Entsprechend umfasste im damaligen Verständnis die Schuld den Vorsatz und die Fahrlässigkeit als Ausprägung der innerpsychischen Einstellung des Täters zu seiner Tat.¹¹⁷⁰ Das Unrecht hingegen sollte rein durch die objektiven Momente begründet werden.¹¹⁷¹ So waren auch bis zum Inkrafttreten des revidierten Strafgesetzbuchs am 1. Januar 2007 Vorsatz und Fahrlässigkeit noch bei Art. 18 unter der Marginalie «Schuld» geregelt. Dieser psychologische Schuldbegriff scheiterte jedoch daran, dass dieses Konzept einerseits nicht erklären konnte, dass die Schuld auch im Falle vorsätzlichen Handelns ausgeschlossen sein konnte, wenn der Täter etwa schuldunfähig war oder sich in einer Notstandslage befand.¹¹⁷² Andererseits ist etwa im Falle einer unbewusst fahrlässigen Tatbegehung eine innerpsychische Beziehung des Täters zur Tat nicht nachweisbar.¹¹⁷³ Diese Problematiken

1166 GETH⁷, Rz. 209; zur Problematik hierbei s. sogleich.

1167 BSK StGB I⁴-BOMMER, Vor Art. 19 N 21; FLETCHER (2007), 319 ff.; FRISCH, in: Frisch, Schuld, 16; TRECHSEL/P. NOLL/PIETH⁷, 143.

1168 BSK StGB I⁴-BOMMER, Vor Art. 19 N 22; HAFTER², 101; HIRSCH, in: Kohlmann, 638; TRECHSEL/P. NOLL/PIETH⁷, 144; vgl. auch FIOKA, ZStrR 2007, 137; FLETCHER (2007), 307 ff.; SCHMIDT, ZStrR 1931, 208.

1169 BELING (1906), 10, s. dort auch 178 («Die Schuld als ein Stück der subjektiven Tatseite, nämlich als die psychische Fehlerhaftigkeit der Handlung [...]»).

1170 HAFTER (1922), 2; TEMME (1855), 91 ff.; vgl. auch BSK StGB I⁴-BOMMER, Vor Art. 19 N 22; STRATENWERTH AT I⁴, § 11 N 2; TRECHSEL/P. NOLL/PIETH⁷, 144; s. etwa auch Erläuterungen VE-StGB/1908, hinsichtlich der vorsätzlichen Körperverletzung: «Der Vorentwurf will nun [...] auch diese Strafbestimmungen auf dem Fundamentalgrundsatz des modernen Strafrechts aufbauen, dass jedermann nur sein Verschulden (Vorsatz oder Fahrlässigkeit) strafrechtlich zu vertreten habe.»

1171 STRATENWERTH AT I⁴, § 11 N 2; vgl. auch FIOKA, ZStrR 2007, 137.

1172 STRATENWERTH AT I⁴, § 11 N 3.

1173 BSK StGB I⁴-BOMMER, Vor Art. 19 N 22; TRECHSEL/P. NOLL/PIETH⁷, 144, bringen das Beispiel eines Täters, der in die Ferien reist und vergisst, zuhause einen elektrischen Ofen

liessen sich erst mit der Einführung der Vorwerfbarkeit im Sinne des normativen Schuldbegriffs auflösen.¹¹⁷⁴

Wollte man nun jedoch von einem normativen Schuldmassstab ausgehen, müsste bei der Frage der Vorwerfbarkeit eigentlich konsequent auf die individuellen Fähigkeiten des Täters in der konkreten Tatsituation abgestellt werden.¹¹⁷⁵ Eine solche Feststellung scheidet jedoch nicht nur an den beschränkten Möglichkeiten des Strafverfahrens, sondern bereits an den Grenzen menschlicher Erkenntnisfähigkeit im Allgemeinen.¹¹⁷⁶ Die individuelle Schuld kann daher im Strafprozess praktisch weder festgestellt noch gemessen werden.¹¹⁷⁷ Neben solchen forensischen Problemen werden jedoch auch kriminalpolitisch motivierte Überlegungen gegen allzu starke «Suchbemühungen» individueller Schuld ins Feld geführt. Dabei grassiert insb. die Angst, dass durch die Aufdeckung aller möglichen kausalen Faktoren, die zur Begehung einer Tat geführt haben, die individuelle Schuld – im Sinne der Freiheit zum Anders-handeln-Können – der jeweiligen Täter so weit verringert werden könnte, dass ein «untragbares» Ausmass an Freisprüchen und Strafreduktionen die Folge wäre.¹¹⁷⁸

Doch wie soll nun die strafrechtliche Verurteilung aufgrund schuldhaften Verhaltens begründet werden, wenn individuelle Schuld des Täters nicht nachweisbar ist? Die Wissenschaft hat in der Folge eine Reihe von Theorien entwickelt, wie das Schuldprinzip diesem Umstand angepasst werden könnte. Dabei hat ein Umdenken vom Fokus der individualpsychologischen Optik hin zu *kollektiven Zurechnungsmöglichkeiten* stattgefunden.¹¹⁷⁹ In diesem

abzustellen, und dadurch eine Feuersbrunst verursacht. Diesem könne dabei nur vorgeworfen werden, dass er an den möglichen Erfolg *nicht* gedacht habe.

1174 STRATENWERTH AT I⁴, § 11 N 3f., der jedoch ausführt, dass von einer Unterscheidung zwischen einem «*rein psychologischen*» und einem «*rein normativen*» Schuldbegriff abgesehen werden sollte; s. zur Problematik, dass auch der normative Schuldbegriff die Voraussetzungen der Schuld nicht vollumfänglich abdecken kann BSK StGB I⁴-BOMMER, Vor Art. 19 N 23.

1175 STRATENWERTH AT I⁴, § 11 N 6.

1176 P. ALBRECHT, ZStrR 2017, 449; ELLSCHEID/HASSEMER, in: Lüderssen/Sack, 266 ff.; STRATENWERTH AT I⁴, § 11 N 6; s.a. SIMMLER (2018), 425 ff.; URWYLER/L. RANZONI, *sui generis* 2021, Rz. 4.

1177 P. ALBRECHT, ZStrR 2017, 449; DERS., SJZ 1983, 264; STRATENWERTH AT I⁴, § 2 N 7; zum deutschen Recht vgl. ELLSCHEID/HASSEMER, in: Lüderssen/Sack, 266 ff.; HASSEMER, in: Roth/Hubig/Bamberger, 15, der die Möglichkeit der Feststellung des situativen Anders-handeln-Könnens des Täters als eine «*Lebenslüge der Strafrechtler*» bezeichnet.

1178 P. ALBRECHT, ZStrR 2017, 450; KRÜPELMANN, ZStW 1976, 26 f.; ROXIN/GRECO⁵, § 19 N 21; STRATENWERTH AT I⁴, § 2 N 7, weist etwa darauf hin, dass bei Tötungsdelikten, die in hochgradigem Affekt begangen werden, die Schuld nach heutigem Stand des Wissens eigentlich ausgeschlossen werden müsste; vgl. auch STRENG, ZStW 1989, 286 ff.; URWYLER/L. RANZONI, *sui generis* 2021, Rz. 4.

1179 P. ALBRECHT, ZStrR 2017, 451; s.a. BIERBRAUER/HAFFKE, in: Hassemer/Lüderssen, 160.

Zusammenhang wird von einem (generell-)sozialen *Schuldbegriff* gesprochen.¹¹⁸⁰ Demgemäss lässt sich die rechtlich relevante Schuld nicht als rein persönlicher Vorwurf beschreiben. Es geht nicht um ein individuelles Andershandeln-Können des Täters, sondern vielmehr darum, ob ein Durchschnittsmensch in dessen Situation in der Lage gewesen wäre, die Straftat nicht zu begehen.¹¹⁸¹ Durch diese sozial vergleichende Beurteilung von Handlungsspielräumen wird die Fähigkeit normgemässen Verhaltens des Täters in der Tatsituation innerhalb bestimmter Grenzen kurzerhand vorausgesetzt.¹¹⁸² Die Zurechnung des Verhaltens einer Person als schuldhaft stellt entsprechend ein *gesellschaftliches Konstrukt* dar.¹¹⁸³ Im Ergebnis versteht man ein solches Schuldurteil «als sozialen Tadel, der ein gesellschaftlich nicht akzeptierbares Verhalten deutlich machen soll. Es wird kein Vorwurf der Art gegen den Täter erhoben, dass er seine eigenen Möglichkeiten zur Normbefolgung verfehlt habe, sondern der Vorwurf [...], dass er das nicht geleistet hat, was man von ihm als verantwortlichem Staatsbürger in einer entsprechenden Situation verlangen musste.»¹¹⁸⁴

Zwar mag es stimmen, dass die persönliche Schuld des Täters positiv praktisch nicht nachweisbar ist und dies ein gewisses Verständnis für Vorhaben aufkommen lässt, die sich der «Rettung» des Schuldstrafrechts durch kollektive Zuschreibungsstrukturen verschrieben haben. PETER ALBRECHT ist aber diesbezüglich zuzustimmen, dass einen ein «schleichendes Unbehagen» ergreift, wenn sich zwecks Rettung des Schuldprinzips im Sinne individueller Vorwerfbarkeit der Vorwurf nicht an dem einer Straftat beschuldigten Individuum ausrichtet, sondern an einem durchschnittlichen Staatsbürger.¹¹⁸⁵ Mögen Verurteilungen zur Festigung und Erhaltung der Rechtsordnung zu

1180 P. ALBRECHT, ZStrR 2017, 451; BSK StGB I⁴-BOMMER/DITTMANN, Art. 19 N 28; KRÜMPELMANN, ZStW 1976, 32 ff.; STRATENWERTH AT I⁴, § 2 N 7; s.a. BGer, Urteil 6B_1363/2019 vom 19. November 2020, E. 1.6.2.

1181 P. ALBRECHT, ZStrR 2017, 451 f.; ELLScheid/HASSEMER, in: Lüderssen/Sack, 270; andere wollen anstatt auf eine Durchschnittsperson auf einen «durchschnittlichen Straftäter» abstellen, da «*sich das allgemeine Verhalten eines Straftäters, aus welchem auf seine Einsichts- und Steuerungsfähigkeiten geschlossen wird, zweifelsfrei in zahlreichen Aspekten von demjenigen der Durchschnittspopulation unterscheiden*» könne. «[...] ein Verhalten, das bei einem unbescholtenen Durchschnittsbürger schon ein starkes Indiz für eine reduzierte Schuldfähigkeit darstellen würde, [könne] bei einem durchschnittlichen Straftäter noch als «normal» gelten [...]» (T. NOLL, ZStrR 2017, 75); vgl. auch BGE 116 IV 273, E. 4b; BGer, Urteil 6B_1363/2019 vom 19. November 2020, E. 1.6.2.

1182 STRATENWERTH AT I⁴, § 11 N 7; vgl. auch JESCHECK/WEIGEND⁵, 411.

1183 P. ALBRECHT, ZStrR 2017, 452; s.a. DERS., SJZ 1983, 267; so auch schon STOOSS, ZStrR 1894, 269 ff.

1184 STRENG, ZStW 1989, 275; vgl. auch ELLScheid/HASSEMER, in: Lüderssen/Sack, 270.

1185 P. ALBRECHT, ZStrR 2017, 454.

einem gewissen Grad auch unerlässlich sein, so ist doch fraglich, ob eine *solche* Schuld Legitimation genug darstellt, um eine staatliche Strafe gegen einen Delinquenten auszusprechen.¹¹⁸⁶ So wird der Täter nämlich in einem Urteil «schuldig» gesprochen, obgleich ihm ein persönlicher Vorwurf im Sinne eines Anders-handeln-Könnens praktisch nicht nachgewiesen werden kann.¹¹⁸⁷ In der Lehre wird denn auch vorgebracht, dass durch die Umwandlung von individueller zu kollektiver Schuld – unter Ausser-Acht-Lassens des persönlichen Anders-handeln-Könnens – bei gleichzeitiger Beibehaltung des Begriffs des Schuldprinzips zwar die gleiche «Begriffshülse» gewählt, diese aber mit einem willkürlich ausgetauschten «Begriffsinhalt» benutzt werde.¹¹⁸⁸

Das Ziel der vorliegenden Arbeit ist es nun nicht, dieses grundlegende Problem strafrechtlicher Schuld bei der Verbrechenslehre (und im Rahmen der Strafzumessung) zu lösen.¹¹⁸⁹ Wohl ist es überhaupt schwer möglich, die Frage der Schuld mit strafprozessualen – oder auch anderen – Mitteln derart zu erforschen, dass keine offenen Fragen mehr bestehen bleiben. Und wie auch bei anderen Wissenschaften kommt man denn auch hier nicht umhin, weitere Ausführungen auf gewisse Grundpfeiler und Prämissen abzustützen, die selbst einer gewissen Problematik nicht entbehren.¹¹⁹⁰ Vorliegend soll aber immerhin festgehalten werden, dass auch eine Abkehr vom Schuldprinzip *in toto* trotz der dargelegten Kritikpunkte nicht die Lösung der erwähnten Probleme sein kann. Angesichts der aktuellen gesellschaftlichen Entwicklungen¹¹⁹¹ hin zu einer Null-Risiko-Gesellschaft würde dies wohl zu einem starken Ausbau *schuldunabhängiger präventiver Massnahmen* führen,¹¹⁹² stellt das Schuldprinzip doch in mehrfacher Hinsicht eine Einschränkung der staatlichen Strafgewalt dar; es wird im weiteren Verlauf der Arbeit noch aufzuzeigen sein, dass der Schuld – im Rahmen der Strafzumessung – neben ihrer strafbegründenden Funktion auch noch weitere Eigenschaften zugeschrieben werden können.¹¹⁹³ Und dank diesen ist es zumindest teilweise möglich, der Strafzumessung i.e.S. gewisse Richtlinien zu geben.

1186 P. ALBRECHT, SJZ 1983, 268.

1187 Vgl. P. ALBRECHT, ZStrR 2017, 454; DERS., SJZ 1983, 264; ROXIN/GRECO⁵, § 19 N 22; URWYLER/L. RANZONI, *sui generis* 2021, Rz. 5.

1188 BIERBRAUER/HAFKE, in: Hassemer/Lüderssen, 160 Fn. 22.

1189 Siehe jedoch als Lösungsvorschlag zum kritisierten Konzept des sozialen Schuldbegriffs URWYLER/L. RANZONI, *sui generis* 2021, Rz. 6 ff. sowie SIMMLER (2018), 436 ff., die auf den sog. *funktionalen Schuld begriff* abstellen wollen.

1190 Vgl. A. KAUFMANN, in: FS Lange, 31.

1191 Vgl. dazu vorne I.C.9.

1192 P. ALBRECHT, ZStrR 2017, 454 f.; HASSEMER, in: Roth/Hubig/Bamberger, 7.

1193 Siehe hinten I.D.2.a.a1.

Im juristischen Alltag wird nun im Sinne des generalisierten Schuldbegriffs beim Täter im Falle von Tatbestandsmässig- und Rechtswidrigkeit des Verhaltens das Vorliegen von Schuld grundsätzlich unterstellt.¹¹⁹⁴ Eine Verneinung der Schuld wird im Prinzip nur bei Vorliegen von Schuldminderungs-, Ausschliessungs- oder Entschuldigungsgründen vorgenommen.¹¹⁹⁵ Das Vorliegen von Schuld stellt somit die Regel dar, wovon nur ausnahmsweise abgewichen werden kann.¹¹⁹⁶ Gerichte haben sich daher nur in solchen Ausnahmefällen mit Fragen der *Strafbegründungsschuld* auseinanderzusetzen.¹¹⁹⁷

ii. *Die Strafzumessungsschuld und die Entwicklung des Verschuldensbegriffs im Schweizerischen Strafgesetzbuch*

Im Gegensatz zur Strafbegründungsschuld hat das Gericht praktisch bei jeder Urteilsfällung, die einen Schuldspruch zum Inhalt hat, über die *Strafzumessungsschuld* zu entscheiden, die in Art. 47 StGB umschrieben wird. Es stellt sich nun die Frage, inwiefern sich die soeben behandelte Strafbegründungsschuld von der Strafzumessungsschuld unterscheidet. Interessanterweise ist in Art. 47 StGB nicht von Schuld, sondern von *Verschulden* die Rede («Das Gericht misst die Strafe nach dem Verschulden des Täters zu»), wohingegen das deutsche sowie das österreichische Strafgesetzbuch in der jeweils entsprechenden Bestimmung auch bei der Strafzumessung vom Begriff «Schuld» ausgehen (§ 46 Abs. 1 StGB/D: «Die Schuld des Täters ist Grundlage für die Zumessung der Strafe»; § 32 Abs. 1 StGB/Ö: «Grundlage für die Bemessung der Strafe ist die Schuld des Täters»). Es ist mithin in einem ersten Schritt vorfrageweise zu untersuchen, ob Schuld und Verschulden als Begriffe gleichbedeutend sind oder ob sie sich inhaltlich unterscheiden. Dafür bietet es sich im Folgenden an, den Begriff des Verschuldens im Laufe der geschichtlichen Entwicklung des Schweizerischen Strafgesetzbuchs zu begutachten. Kannten die kantonalen Strafgesetzbücher bereits das «Verschulden»? Implementierte CARL STOSS den Begriff in den ersten Entwürfen von 1893? Oder wurde diese Bezeichnung erst später in das Schweizerische Strafgesetzbuch aufgenommen?

Soweit ersichtlich, wurden in den meisten kantonalen Strafgesetzbüchern die Begriffe der Schuld oder des Verschuldens bei den Bestimmungen zur Strafzumessung noch nicht verwendet. Es finden sich jedoch vereinzelte Ausnahmen wie in Art. 70 StGB/SH («Bei fahrlässigen Gesetzesverletzungen [...] ist die

1194 P. ALBRECHT, ZStrR 2017, 455; GETH⁷, Rz. 209; HAFTER², 112; STRATENWERTH AT I⁴, §11 N 6.

1195 TRECHSEL/P. NOLL/PIETH⁷, 145; vgl. auch HERZBERG, GA 2015, 257f.

1196 P. ALBRECHT, ZStrR 2017, 455, spricht in diesem Sinne von einer «negativen Definition» von Schuld; ROXIN/GRECO⁵, § 20 N 1.

1197 P. ALBRECHT, ZStrR 2017, 456.

Strafe vorzugsweise nach der Grösse der Verschuldung und des dadurch verursachten Schadens zu bemessen»), Art. 96 StGB/VS («Dans l'application des peines, le juge aura égard aux circonstances qui peuvent augmenter ou diminuer la culpabilité du délinquant [...]») oder Art. 67 StGB/FR («Dans la détermination des peines entre le maximum et le minimum, le Juge prend en considération les circonstances atténuantes ou aggravantes autres que celles qui font l'objet des dispositions spéciales de la loi, tant sous le rapport du mal matériel causé par le crime, que sous le rapport de la culpabilité de l'agent»). Wie aufgezeigt wurde, enthielten die kantonalen Strafgesetzbücher dafür – neben einer allgemeinen Regelung zur Strafzumessung – eine Vielzahl von beispielhaft aufgezählten Strafminderungs- und -erhöhungsgründen, auf welche die Gerichte zurückgreifen konnten.¹¹⁹⁸

Auf eidgenössischer Ebene verwendete CARL STOOSS den Schuldbegriff bereits in seinen Entwürfen zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch. Jedoch fand der Terminus der Schuld noch keine Erwähnung im Vorentwurf von 1893. Dort hielt Art. 36 lediglich fest, dass «[b]ei Bemessung der Strafe [...] der Richter namentlich auch die Beweggründe, das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse des Täters in Betracht [zieht]». Dass auch der durch die Tat erwirkte Erfolg Eingang in die Bestimmung finden solle, wurde in der zehnten Sitzung der Expertenkommission vom 6. Oktober 1893 durch den damaligen Berner Strafrechtsprofessor XAVER GRETENER vorgebracht: «Es sollte hervorgehoben werden, dass die in Art. 36 aufgezählten Faktoren neben der Schwere der That ins Gewicht fallen.»¹¹⁹⁹ STOOSS entgegnete daraufhin, dass dies selbstverständlich sei und sich aus dem Wort «auch» im Gesetzestext ergebe.¹²⁰⁰

Explizit erwähnt wurde der Schuldbegriffs bei der Strafzumessung zum ersten Mal im Vorentwurf von 1894 in Art. 35: «Der Richter bemisst die Strafe nach der Schuld, die Geldstrafe auch nach den Mitteln des Täters und berücksichtigt dabei die Beweggründe, das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse des Schuldigen.» Dort war aber, nicht wie heute, vom «Verschulden», sondern noch von der «Schuld» die Rede. Welche Überlegungen zur Einfügung des Schuldbegriffs geführt haben, ist den Materialien nicht entnehmbar, da sich die Motive zu Art. 35 dazu ausschweigen. Zwar wird der Begriff «Schuld» in den Bemerkungen der Motive zu Art. 38 (Straferhöhung) erwähnt,¹²⁰¹ es wird jedoch nicht näher auf diesen Terminus eingegangen. In der zweiten

1198 Vgl. vorne I.C.3.

1199 Votum Gretener, Verhandlungen-I/1896, 243.

1200 Votum Stooss, Verhandlungen-I/1896, 243 («Es versteht sich dies von selbst und ist übrigens durch das *«auch»* im Texte angedeutet»).

1201 Motive VE-StGB/1894, 137: «Dann würde der Richter bei ziemlich weit gespanntem Strafrahmen auf eine Strafe zu erkennen haben, die der Schuld des Täters nicht entspricht [...]»

Lesung der Expertenkommission, welche zum Vorentwurf von 1896 führte, äusserte sich STOOSS insofern zur Schuld, als er festhielt, dass das Gericht die Strafe nach der Schuld bemesse, was sowohl die objektive als auch die subjektive Seite des Verbrechens umfasse.¹²⁰² Der Art. 38 im Vorentwurf von 1896 entsprach im Ergebnis grundsätzlich demjenigen des Vorentwurfs von 1894.¹²⁰³ Erneut wurde bei den strafzumessungsrechtlichen Bestimmungen der Begriff der «Schuld» und nicht des «Verschuldens» verwendet. Die Bezeichnung «Verschulden» findet sich demgegenüber an einem anderen Ort. In Art. 6 Abs. 3 des (Zwischen-)Vorentwurfs von 1896 heisst es unter der Marginalie «Strafmündigkeit»: «Die Schulbehörde bestraft das Kind nach seinem Verschulden mit Verweis oder mit Schularrest bis zu 14 Tagen.»¹²⁰⁴ Die Verwendung dieser Bezeichnung wurde jedoch von XAVER GRETENER kritisiert, da von einem «Verschulden» bei einem strafunmündigen Kinde eigentlich nicht gesprochen werden könne.¹²⁰⁵ CARL STOOSS entgegnete daraufhin, dass damit nicht das Verschulden im strafrechtlichen Sinne gemeint sei. Er erklärte daher seine Bereitschaft, die Worte zu streichen.¹²⁰⁶ Der dort verwendete Begriff des Verschuldens wurde schliesslich auf Antrag von EMIL ZÜRCHER nicht in den Vorentwurf von 1896 übernommen.¹²⁰⁷ Das «Verschulden» schaffte es aber doch noch in diesen Vorentwurf, und zwar in Art. 135 unter der Marginalie «Verantwortlichkeit des Redakteurs und des Verfassers», worin es um die Strafbarkeit des Herausgebers und des Verfassers einer Zeitung bzw. eines Beitrags für Verleumdung, üble Nachrede, Beschimpfung oder Kreditschädigung ging. Dort hiess es im Gesetzestext, dass bei Bekanntheit des Verfassers und des Herausgebers «[...] beide nach ihrem Verschulden bestraft [...]» würden. Bei den Strafzumessungsbestimmungen wurde aber auch im Vorentwurf von 1903 (Art. 47)¹²⁰⁸ weiterhin der Begriff «Schuld» verwendet («Der Richter bemisst die Strafe nach der Schuld des Täters und berücksichtigt dabei die Beweggründe, das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse des Schuldigen»).

1202 *Votum Stooss, Verhandlungen-II/1896, 447 f.*

1203 *«Der Richter bemisst die Strafe, die auf das Verbrechen angedroht ist, nach der Schuld, die Geldstrafe auch nach den Mitteln des Thäters und berücksichtigt dabei die Beweggründe, das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse des Schuldigen.»*

1204 *Siehe für die Bestimmung Verhandlungen-II/1896, 369; franz.: «d'après la culpabilité de l'enfant».*

1205 *Votum Gretener, Verhandlungen-II/1896, 370.*

1206 *Votum Stooss, Verhandlungen-II/1896, 370.*

1207 *Antrag Zürcher, Verhandlungen-II/1896, 473.*

1208 *«Der Richter bemisst die Strafe nach der Schuld des Täters und berücksichtigt dabei die Beweggründe, das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse des Schuldigen.»*

Ein Wechsel fand schliesslich im Vorentwurf von 1908 statt, in welchem in Art. 49 (Marginalie: Strafzumessung) von «Verschulden» die Rede war. Gemäss der überarbeiteten Bestimmung hatte das Gericht nun die Strafe nach dem *Verschulden* des Täters zu bemessen, wobei es weiterhin die Beweggründe, das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse des Schuldigen zu berücksichtigen hatte. Im Gegensatz zur Bestimmung des vorangegangenen Vorentwurfs wurde damit nur der Begriff der «Schuld» mit demjenigen des «Verschuldens» ersetzt, während der Rest der Bestimmung so gut wie unverändert blieb. Unter Verschulden sollte gemäss den Erläuterungen zum Vorentwurf der «Zusammenhang des Verbrechens mit der Persönlichkeit des Täters» verstanden werden.¹²⁰⁹ Inwiefern dies jedoch einen Unterschied zum davor verwendeten Begriff «Schuld» darstellte und warum dieser nicht mehr verwendet wurde, lässt sich den Erläuterungen nicht entnehmen. Es ist jedoch anzunehmen, dass durch die Abänderung des Terminus von «Schuld» zu «Verschulden» ohne sonstige Anpassung der Gesetzesbestimmung keine inhaltliche Änderung des Begriffs angestrebt wurde. Die Gleichbedeutung der Begriffe «Schuld» und «Verschulden» (als Bezeichnung für die Strafzumessungsschuld) zeigt auch der Vergleich mit dem Wortlaut der französischsprachigen Bestimmung von Art. 47 StGB. Dort heisst es: «Le juge fixe la peine d'après la culpabilité de l'auteur.» Der (fast) identische Wortlaut der Bestimmung im Vorentwurf von 1894 sprach ebenfalls schon von der «culpabilité».¹²¹⁰

Zwar steht nun fest, dass der Begriff «Schuld» für die Strafbegründungs- sowie die Strafzumessungsschuld verwendet wird resp. wurde, der Gesetzgeber sich jedoch im Rahmen der Entstehung des Schweizerischen Strafgesetzbuchs dazu entschlossen hat, die Strafzumessungsschuld – auf Deutsch – mit dem Terminus «Verschulden» zu versehen. Auch wenn die genauen Gründe dafür nicht ersichtlich sind, besteht der Vorteil doch wohl darin, dass dadurch eine für die Strafzumessung eindeutige – und von der Strafbegründungsschuld abgrenzbare – Begrifflichkeit geschaffen wurde.

Klärungsbedürftig ist aber nach wie vor, inwiefern sich die Strafbegründungsschuld konkret von der Strafzumessungsschuld unterscheidet. Zu dieser Thematik finden sich nämlich – soweit ersichtlich – nur wenige Hinweise in den Gesetzesmaterialien.¹²¹¹ Dieser Frage soll daher nachfolgend anhand des heutigen Verständnisses des Verschuldens bei der Strafzumessung nachgegangen

1209 Erläuterungen VE-StGB/1908, 100.

1210 «*Le juge arbitrer la peine d'après la culpabilité de l'auteur.*»

1211 Eine Ausnahme bildet die zuvor erwähnte Ausführung in den Erläuterungen zum Vorentwurf von 1908, wonach das Verschulden als der «*Zusammenhang des Verbrechens mit der Persönlichkeit des Täters*» verstanden werden müsse (Erläuterungen VE-StGB/1908, 100).

werden, wobei dort auch auf die alten Materialien einzugehen sein wird, sofern dies zwecks besseren Verständnisses erforderlich ist.

iii. Das Verschulden nach Art. 47 StGB

Wie bereits erwähnt wurde, statuiert Art. 47 Abs. 1 StGB, dass das Gericht die Strafe nach dem *Verschulden* des Täters zumisst.¹²¹² Einigkeit besteht in der Lehre und Praxis darin, dass das Verschulden *den* Hauptstrafzumessungsgrund darstellt.¹²¹³ Was nun genau dieses «Verschulden» bedeutet, ist auch heute noch so komplex wie umstritten. Das Gesetz selbst versucht dem Rechtsanwender den Begriff näher darzulegen.¹²¹⁴ Gemäss Art. 47 Abs. 2 StGB «wird [das Verschulden] nach der Schwere der Verletzung oder Gefährdung des betroffenen Rechtsguts, nach der Verwerflichkeit des Handelns, den Beweggründen und Zielen des Täters sowie danach bestimmt, wie weit der Täter nach den inneren und äusseren Umständen in der Lage war, die Gefährdung oder Verletzung zu vermeiden». Diese in Abs. 2 aufgezählten Faktoren lassen sich – ohne schon zu weit auf deren einzelne Inhalte vorgreifen zu wollen¹²¹⁵ – in zwei Kategorien aufteilen: Sie betreffen grundsätzlich entweder das Ausmass des Erfolgs bzw. der Gefährdung, die der Täter zu verantworten hat, oder den Grad seiner Freiheit, anders – d.h. normgemäss – handeln zu können.¹²¹⁶ Entgegen früherer Strafgesetzgebungen stellt die Bestimmung somit nicht ausschliesslich auf den durch den Täter bewirkten äusseren Erfolg ab.¹²¹⁷ Vielmehr stimmen die h.L. und Praxis darin überein, dass die Normierung von Art. 47 dem bereits mehrfach erwähnten Begriff der *Einzeltatschuld* entspricht, also der Verantwortung des Täters für ein ganz bestimmt umschriebenes Verhalten,¹²¹⁸ womit mithin genau die Frage verbunden ist, welchen

1212 Vgl. vorne I.D.2.a.1.

1213 BGE 136 IV 55, E. 5.4; 129 IV 6, E. 6.1; 123 IV 1, E. 2; BGer, Urteil 6B_48/2007 vom 12. Mai 2007, E. 3.1; 6S.348/2004 vom 20. Januar 2005, E. 3 («Die Schwere des Verschuldens bildet das zentrale Kriterium bei der Zumessung der Strafe [...]»); P. ALBRECHT, SJZ 1983, 263; ARZT, recht 1994, Rz. 8 ff.; BSK StGB I⁴-BOMMER, Vor Art. 19 N 31; DIEZ (1944), 6; O. A. GERMAN, ZStR 1942, 24; PAREIN (2010), 127; SCHULTZ AT II⁴, 75; SCHWANDER², Rz. 427; STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 6.

1214 P. ALBRECHT, ZStR 2017, 444.

1215 Diese werden nachfolgend unter I.D.2.b. behandelt.

1216 STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 9.

1217 SCHULTZ AT II⁴, 75.

1218 BGE 134 IV 1, E. 5.3.3; P. ALBRECHT, ZStR 2017, 443; DERS., ZStR 1991, 47; GISEL-BUGNION (1978), 43 ff.; JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 102; SCHERTENLEIB (1949), 59; STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 9; StGB PK⁴-TRECHSEL/M. SEELMANN, Art. 47 N 10; BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 15; vgl. auch STRATENWERTH (1972), 6 f.; VON WERDT (1956), 34.

Freiheitsspielraum der Täter hatte, um die Begehung der jeweiligen Tat zu vermeiden.¹²¹⁹ Nach Art. 47 Abs. 2 StGB ist das Verschulden demnach umso schwerer zu gewichten, je leichter dies dem Täter gefallen wäre.¹²²⁰ Sofern es um diesen individuellen Vorwurf an den Täter geht, trotz Erkennen des rechtlich Gebotenen und der darauf aufbauenden Handlungsfreiheit die Tat gleichwohl begangen zu haben, wird die Verknüpfung mit dem Begriff der Strafbegründungsschuld unverkennbar.¹²²¹

Wie bereits aufgezeigt wurde, bestimmt die Mühe des Täters, sich anders zu entscheiden, nicht allein die Höhe des Verschuldens. Art. 47 Abs. 2 StGB hält entsprechend fest, dass das Verschulden überdies nach der Schwere der Verletzung oder Gefährdung des betroffenen Rechtsguts, nach der Verwerflichkeit des Handelns und den Beweggründen und Zielen des Täters bestimmt wird. Dass die Schwere des Deliktes, das der Täter schuldhaft begeht, ein bedeutender Faktor im Rahmen der Strafzumessung sein muss, ergibt sich bereits daraus, dass der Gesetzgeber durch die Aufstellung verschiedener Strafrahmen, abgestuft nach der Schwere der möglichen Rechtsgutverletzung, schon eine Gewichtung des (objektiven) Verschuldens präjudiziert hat.¹²²² Die gesetzlich festgehaltenen Mindeststrafen gelten nämlich – abgesehen von allfälligen Strafmilderungsgründen – unabhängig von der Grösse des individuellen Freiheitsspielraums des Täters, sich für oder gegen die Tat zu entscheiden.¹²²³ Die (Vor-)Gewichtung des (objektiven) Verschuldens durch den Gesetzgeber hinsichtlich der unterschiedlichen Strafrahmen hat dabei auf den gleichen Überlegungen wie die Strafzumessung i.e.S. zu beruhen, was nichts anderes bedeutet, als dass auch die Schwere des Deliktes resp. des

1219 STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 13.

1220 BGE 127 IV 101, E. 2 («L'importance de la faute dépend aussi de la liberté de décision dont disposait l'auteur; plus il lui aurait été facile de respecter la norme qu'il a enfreinte, plus lourdement pèse sa décision de l'avoir transgressée et partant sa faute [...]»); 122 IV 241, E. 1a; 117 IV 7, E. 3aa; SCHWANDER, ZStR 1964, 369; STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 13; in diesem Zusammenhang wird in der Lehre wiederholt die Frage aufgeworfen, ob der Mensch in einer konkreten Situation wirklich über alternative Handlungsmöglichkeiten verfügt, ob es eine durch das Schuldstrafrecht vorausgesetzte Willensfreiheit also überhaupt gibt. Zu diesem Streit zwischen Determinismus und Indeterminismus s. etwa P. ALBRECHT, ZStR 2017, 445 f.; BSK StGB⁴-BOMMER, Vor Art. 19 N 7 ff.; EGE, ZStR 2017, 299 ff.; GETH⁷, Rz. 209 ff.; K. MÜLLER, Schw.R. 1901, 170 ff.; T. NOLL, NZZ vom 22. Oktober 2016, 12; TRECHSEL/P. NOLL/PIETH⁷, 144 f.; so auch schon EDLIN, SJZ 1934, 215 ff.; vgl. dazu auch vorne I.D.2.a.a1.

1221 Vgl. vorne I.D.2.a.a1.i.

1222 P. ALBRECHT, ZStR 2017, 460; DERS., SJZ 1983, 267; PETRILKA (1942), 88; SCHULTZ AT II⁴, 75; STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 14; vgl. auch SIMMLER/WEDER, ZStR 2019, 212; ZIPF (1977), 28; s. hinten I.D.2.b.a1.i. m.w.H.

1223 P. ALBRECHT, ZStR 2017, 460 f.

Unrechts eine entscheidende Rolle bei der Gewichtung der Einzeltatschuld zu spielen hat.¹²²⁴ Begehen somit zwei Täter bei vergleichbarem individuellem Freiheitspielraum verschiedenartige Straftaten (z.B. der eine eine geringe Sachbeschädigung, der andere hingegen eine Tötung), so ist auch die Höhe des Verschuldens unterschiedlich zu bewerten. Durch die zusätzliche Nennung der Verwerflichkeit des Handelns und der Beweggründe und Ziele des Täters zeigt das Gesetz schliesslich auf, dass sich grundsätzlich all diese Faktoren auf die Höhe der auszusprechenden Strafe auswirken können und demnach mitzuberücksichtigen sind; der Begriff des Verschuldens bezieht sich dadurch auf den gesamten Unrechts- und Schuldgehalt der konkreten Straftat.¹²²⁵ In diesem Zusammenhang wird in der Lehre auch ausgeführt, dass das in Art. 47 Abs. 1 StGB genannte *Vorleben* des Täters sowie seine *persönlichen Verhältnisse* ebenfalls davon zeugen würden, dass das strafzumessungsrechtliche Verschulden umfassender sei als der Schuldbegriff im Rahmen der Straf Begründung.¹²²⁶

Für einen weiteren Schuldbegriff – insb. im Rahmen des erwähnten sozialen Schuldverständnisses¹²²⁷ – werden in der Lehre und Praxis auch noch Umstände für die Strafzumessung i.e.S. miteinbezogen, die nicht im Gesetz aufgeführt sind, so etwa das (tatrelevante) *Nachtatverhalten*.¹²²⁸ Dies sei gemäss h.L. insofern notwendig, als für die Strafzumessung ein lebensnahes Gesamtbild der Schuld hergestellt werden müsse.¹²²⁹ Hierbei ist jedoch Vorsicht geboten: Der Bestimmung lässt sich etwa auch bei den im Gesetz genannten Umständen wie dem Vorleben des Täters sowie seinen persönlichen Verhältnissen nicht entnehmen, ob diese effektiv Teil des Verschuldensbegriffs sein sollen oder vielmehr zusätzlich zu berücksichtigen sind (Unklarheiten ergeben sich dadurch auch für gewisse ungeschriebene Umstände wie das

1224 STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 14.

1225 BGE 134 IV 1, E. 5.3.3; 129 IV 6, E. 6.1 («Nach der Praxis des Bundesgerichtes bezieht sich der Begriff des Verschuldens [...] auf den gesamten Unrechts- und Schuldgehalt der konkreten Straftat [...]»); BGer, Urteil 6B_325/2013 vom 13. Juni 2013, E. 3.2.2; JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 101; NAY, ZStR 1994, 176; AK StGB-SIMMLER/SELMAN, Art. 47 N 10; STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 14 f.; StGB PK⁴-TRECHSEL/M. SEELMANN, Art. 47 N 10; BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 14.

1226 Vgl. STRATENWERTH AT I⁴, § 11 N 7; BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 86.

1227 Vgl. vorne I.D.2.a.a1.

1228 BGE 141 IV 61, E. 6.1.1 («A ces composantes de la culpabilité, il faut ajouter les facteurs liés à l'auteur lui-même [...] le comportement après l'acte et au cours de la procédure pénale [...]»); 129 IV 6, E. 6.1; DUBS, in: FG SJ, 18; JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 101; STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 52; StGB PK⁴-TRECHSEL/M. SEELMANN, Art. 47 N 28; BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 15; vgl. zur deutschen Diskussion FRISCH, GA 2014, 489 ff.; LK StGB II¹²-THEUNE, § 46 N 7; YÜKSEL (1992), 113 f.

1229 JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 112; s.a. NK StGB I⁵-STRENG, § 46 N 22; STRENG, ZStW 1989, 333.

erwähnte Nachtatverhalten).¹²³⁰ Es wird zwar noch zu zeigen sein, dass in diesen verschuldensrelevante Elemente enthalten sein können, jedoch eine scharfe Trennung des Verschuldens von präventiven Strafzwecküberlegungen vorgenommen werden muss.¹²³¹

Ein weiteres Problem in dieser Hinsicht besteht auch insofern, als etwa eine Abgrenzung zwischen einerseits dem noch strafzumessungsrelevanten Vorleben und andererseits gewissen Straftheorien resp. Täterschuldskonzepten, die heute gemäss der h.L. aufgrund der Erfassung der Einzeltatschuld als verfehlt angesehen werden, schwierig vorzunehmen ist. Dies betrifft etwa die sog. *Lebensführungsschuld*.¹²³² Nach dieser würde der Täter für seine Persönlichkeit, seine Eigenart sowie seinen Charakter verantwortlich gemacht werden, soweit ihm seine Entwicklung konkret vorgeworfen werden könne.¹²³³ Dies könne geschehen, weil der Täter es unterlassen habe, seine asozialen Neigungen zu bekämpfen und seinen Charakter im positiven Sinne zu bilden.¹²³⁴ Eine solche Konstruktion wurde jedoch zu Recht kritisiert, da es dem Gericht gar nicht möglich ist, ein Gesamturteil über den Täter zu fällen und eine klare Trennung zwischen «Schicksal» und Schuld vorzunehmen.¹²³⁵ Jeder derartige Versuch würde so auf blossе Zuschreibungen hinauslaufen.¹²³⁶ Des Weiteren kann einer Person in einem freiheitlichen Staatswesen nur die Respektierung der geltenden Normen abverlangt werden, nicht hingegen die

1230 FIOŁKA, ZStrR 2007, 139.

1231 Vgl. dazu eingehend hinten I.D.2.b.a2.

1232 BGer, Urteil 6B_1363/2019 vom 19. November 2020, E. 2.4.3 («Verlangt wird [...], dass die straf erhöhend zu berücksichtigenden Elemente mit der Tat in einem Zusammenhang stehen und deren Berücksichtigung nicht auf eine unzulässige Ungleichbehandlung oder eine allgemeine Lebensführungsschuld hinausläuft. Unzulässig ist es nach der herrschenden Lehre, die Art der Lebensführung als Strafzumessungsfaktor heranzuziehen [...]»); 6B_55/2015 vom 7. April 2015, E. 3.6; JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 111 f.; STRATENWERTH (1972), 6 f.; STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 11; BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 123; vgl. auch JESCHECK/WEIGEND⁵, 23; B.-D. MEIER⁵, 190 f.

1233 O. A. GERMANN (1942), 54 ff.; STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 11; s.a. GÖTTING (1997), 65.

1234 So SCHWANDER, ZStrR 1964, 370; vgl. auch Erläuterungen VE-StGB/1908, 100: «wurzelt [die Tat] tiefer im Charakter, so muss durch eine längere Absperrung Gelegenheit zu stärkerer Einwirkung auf den Täter gegeben werden. Die Strafe wird [...] nach dem Verschulden zugemessen, was sich eben nicht erschöpft in der schärferen Bestrafung des Vorsatzes und der milderer der Fahrlässigkeit, sondern erst in der Untersuchung der oberflächlichen oder tieferen Wurzeln des Verbrechenens, Leichtsinns oder Bosheit, Schwäche gegenüber einer Versuchung oder rücksichtslosen Selbstsucht, Mangel an Tatkraft zur Überwindung einer augenblicklichen Verlegenheit oder das Schmarozertum des Gewohnheitsverbrechens.»

1235 STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 11; vgl. auch Bericht VE-StGB/1987, 117; JESCHECK/WEIGEND⁵, 23; STRATENWERTH (1972), 6 f.

1236 SCHULTZ AT I⁴, 177; STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 11; s.a. REHBERG⁷, 71.

Formung der eigenen Persönlichkeit in einer bestimmten Weise.¹²³⁷ In Art. 47 StGB wird die Lebensführungsschuld denn auch nicht als strafzumessungsrelevanter Umstand aufgeführt. Die Persönlichkeit und das Vorleben des Täters sind aber gemäss h.L. und Praxis gleichwohl insoweit zu berücksichtigen, als sie in der Tat ihren Niederschlag gefunden haben.¹²³⁸ HANS SCHULTZ hielt im Bericht zum Vorentwurf von 1987 fest, dass die Gefahr des Abgleitens in eine Lebensführungsschuld beim Vorleben vermieden werden könne, wenn das Vorleben «als Inbegriff der Einzelheiten in der Lebensgeschichte, welche für die Einzeltatschuld bedeutsam [seien]», aufgefasst werde.¹²³⁹ Sogar noch weiter als die Lebensführungsschuld geht die sog. *Charakterschuld* (oder Dispositionsschuld), gemäss der dem Täter seine gesamte Persönlichkeit vorgehalten wird, inklusive allfälliger durch ihn unbeeinflussbarer Faktoren.¹²⁴⁰

Obleich nun letztere Täterschuldskonzepte vom heutigen Strafzumessungsschuldverständnis auszuschliessen sind, kann festgehalten werden, dass sich die Strafzumessungsschuld auf eine breitere Wertungsbasis als die Strafbegründungsschuld abstützt.¹²⁴¹ Zwar beruhen beide auf dem Schuldprinzip im Sinne der konkreten Tatschuld, doch hat die Strafbegründungsschuld «nur» die Funktion einer *Mindestbedingung*, von der es abhängt, ob die Tat dem Täter *überhaupt* vorgeworfen werden kann.¹²⁴² Das strafzumessungsrelevante Verschulden gem. Art. 47 StGB hat einen ungleich umfassenderen – und teilweise auch dogmatisch eigenständigen – Charakter; mit Letzterem wird nämlich nicht nur die Frage bestehender oder nicht bestehender Schuld des Täters im Sinne der Fähigkeit, anders resp. rechtmässig zu handeln, beantwortet (das *ob* bestehender Schuld), sondern es geht vielmehr um die graduell unterschiedliche Ausprägung dieser Fähigkeit.¹²⁴³ Das Verschulden

1237 B.-D. MEIER⁵, 191; STRATENWERTH (1972), 6f.; STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 11.

1238 BGE 141 IV 61, E. 6.1.1; 129 IV 6, E. 6.1.; JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 111; STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 36 ff.; StGB PK⁴-TRECHSEL/M. SEELMANN, Art. 47 N 25; vgl. auch GÖTTING (1997), 65; krit. dazu etwa KASPAR, in: Juristentag, C 64.

1239 Bericht VE-StGB/1987, 121.

1240 B.-D. MEIER⁵, 190f.; STRATENWERTH (1972), 5 ff., STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 10; s.a. Votum Lang, Protokoll-I/1912, 359 f. («Das Motiv entlastet, der Charakter belastet [...]»); Erläuterungen VE-StGB/1908, 100; GÖTTING (1997), 65.

1241 BSK StGB⁴-BOMMER, Vor Art. 19 N 2, 5; LOGOZ/SANDOZ², Art. 63 N 3 («*La culpabilité dont parle l'article 63 va au delà des définitions de l'article 18 [...]*»); STRATENWERTH AT I⁴, § 11 N 7; so auch schon PFENNINGER, SJZ 1934, 210; vgl. zu deutschen Diskussion ACHENBACH (1974), 13f.; FRISCH, GA 2014, 489 ff.; HAUSER (1985), 53 ff.; HÖRNLE, JZ 1999, 1082; LK StGB IV¹³-U. SCHNEIDER, § 46 N 7f.; Komm. Strafgesetzbuch⁴-VON HEINTSCHEL-HEINEGG, § 46 N 2; YÜKSEL (1992), 113f.; vgl. auch ZIPF (1977), 28.

1242 STRATENWERTH AT I⁴, § 11 N 7; vgl. auch HÖRNLE, JZ 1999, 1082.

1243 P. ALBRECHT ZStrR 2017, 459; STRATENWERTH AT I⁴, § 11 N 7 ff.; 142; VON WERDT (1956), 35; vgl. auch KASPAR, in: Juristentag, C 64.

wird hierbei als steigerungsfähiger Begriff verstanden, der die Frage des Masses an Strafe beantwortet, das dem Täter für seinen ihm konkret vorwerfbaren Rechtsbruch zugemessen werden kann (das *wie viel* an Schuld).¹²⁴⁴ Von der Strafbegründungsschuld unterscheidet sich die Strafzumessungsschuld dabei auch insofern, als bei Letzterer die Schuld dem Unrecht, welches bei der Strafbegründung innerhalb des Verbrechensaufbaus durch die Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit eines strafrechtlich relevanten Verhaltens festgestellt wird, nicht «nachgeschaltet» ist (und dadurch «nur» geprüft wird, ob das Unrecht dem Täter auch vorwerfbar ist), sondern die Strafzumessungsschuld das Unrecht bei ihrer Bewertung miteinschliesst; denn die angemessene Schuldstrafe bei zwei Tätern mit gleicher Fähigkeit, das von ihnen begangene Unrecht zu unterlassen, hängt etwa *auch* davon ab, *welches* Unrecht von ihnen begangen wurde.¹²⁴⁵ Im Ergebnis kennzeichnet damit die Strafzumessungsschuld den *gesamten* Umfang dessen, was dem Täter hinsichtlich des ihm zur Last gelegten Delikts *vorzuwerfen* ist, und bezieht sich mithin auf das *Ausmass* der Schuld.¹²⁴⁶

Zwar wurde schon zum Teil angesprochen, welche Faktoren sich nun im Rahmen des Verschuldens auf die Strafhöhe auswirken können, eine umfassende Übersicht über die das Verschulden erhöhenden oder verringernenden Umstände wird jedoch unter dem Kapitel der realen Strafzumessungsgründe noch genauer zu präsentieren sein.¹²⁴⁷

iv. Die Funktionen des Schuldprinzips bei der Strafzumessung

Schon unter der früheren Bestimmung von Art. 63 StGB/1937 wurde davon ausgegangen, dass die Schuld bei der Strafzumessung drei Funktionen innehat:

1244 P. ALBRECHT ZStrR 2017, 459, spricht von einem «Steigerungsbegriff»; BSK StGB⁴-BOMMER, Vor Art. 19 N 2, 5; STRATENWERTH AT I⁴, § 11 N 7 ff.; TRECHSEL/P. NOLL/PIETH⁷, 142; VON WERDT (1956), 35; BSK StGB I⁴-WIPR ÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 14; vgl. zur Strafzumessungsschuld auch ACHENBACH (1974), 13 f.; S/S³⁰-KINZIG, § 46 N 9a; YÜKSEL (1992), 101 ff.; insb. in der deutschen Lehre wird auch die Meinung vertreten, dass es sich bei der Strafbegründungs- sowie der Strafzumessungsschuld um einen einheitlichen Schuld-begriff handle, die Strafzumessung damit eine Fortschreibung der Kategorien der Verbrechenlehre darstelle («Fortschreibungsthese»), s. etwa FRISCH, GA 2014, 489 ff.

1245 FRISCH, in: Frisch, Schuld, 16.

1246 P. ALBRECHT ZStrR 2017, 459; BSK StGB⁴-BOMMER, Vor Art. 19 N 2, 5; JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 111 f.; STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 48 ff.; vgl. auch ACHENBACH (1974), 4 f.; KASPAR, in: Juristentag, C 64; S/S³⁰-KINZIG, § 46 N 9a; MK⁴-MAIER, § 46 N 31 («[...] bezieht sich die Strafzumessungsschuld darauf, wie stark durch die Tat die Rechtsordnung gestört worden ist [...]»); NK StGB I⁵-STRENG, § 46 N 22; DERS., ZStW 1989, 333; Komm. Strafgesetzbuch⁴-VON HEINTSCHEL-HEINEGG, § 46 N 2; s. für eine weitgehendere Unterscheidung von Strafbegründungs- und Strafzumessungsschuld FRISCH, in: FS Müller-Dietz, 240 ff.

1247 I.D.2.b.

Gemäss der ersten Funktion, auf die bereits eingegangen wurde,¹²⁴⁸ setzt Strafe Schuld voraus, was bedeutet, dass Schuld *strafbegründend* wirkt.¹²⁴⁹ Zweitens ist nach h.L. und Praxis unbestritten, dass die Strafe das Mass der Schuld nicht übersteigen darf, d.h. gewährleistet wird, dass die zu verhängende Strafe in ihrem Ausmass durch diejenigen Umstände restringiert wird, für deren Verwirklichung dem Täter ein persönlicher Vorwurf gemacht werden kann.¹²⁵⁰ Dadurch wirkt die Schuld *strafbegrenzend*.¹²⁵¹ Dies hielt auch das Bundesgericht explizit in BGE 120 IV 342 fest: «Nach der Lehre lässt sich eine Strafe gegenüber dem Betroffenen ausschliesslich in dem Masse rechtfertigen, wie ihm ein Schuldvorwurf gemacht werden kann. Deshalb darf die schuldangemessene Strafe nicht aus Gründen der Prävention überschritten werden.»¹²⁵² Die dritte Funktion der Schuld besagt schliesslich, dass die Strafe stets die Schuld in vollem Masse ausgleichen soll (*strafbestimmende* Funktion der Schuld).¹²⁵³ Aufgrund der soeben erfolgten Ausführungen zum Verschulden, wonach die Strafzumessungsschuld das *Ausmass* der Schuld bestimmt, mag auch die zuletzt genannte Funktion auf den ersten Blick als folgerichtig erscheinen. Die Maxime der strafbestimmenden Funktion der Schuld sah sich jedoch zunehmender Kritik ausgesetzt; insb. ist im Schrifttum umstritten, ob eine Strafe aufgrund des Strafzwecks der positiven Spezialprävention (Resozialisierung) unterhalb dem der Schuld entsprechenden Mass festgesetzt werden könne.¹²⁵⁴ So plädierte HANS SCHULTZ bereits in seinem Vorentwurf zu

1248 I.D.2.a.a1.

1249 Botschaft, BBl 1999 II, 2060; HAUSER (1985), 46; SCHULTZ AT II⁴, 75; BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 11; vgl. auch JESCHECK/WEIGEND⁵, 23; S/S³⁰-KINZIG, Vor §§ 38 ff. N 18.

1250 Botschaft, BBl 1999 II, 2060; P. ALBRECHT, ZStrR 2017, 460; BSK StGB I⁴-BOMMER, Vor Art. 19 N 26; AK StGB-SIMMLER/SELMAN, Art. 47 N 3; BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 11; vgl. auch JESCHECK/WEIGEND⁵, 23; SPYCHER (2013), 209; ZIPF, JBl 1980, 193.

1251 P. ALBRECHT, ZStrR 2017, 460; BSK StGB I⁴-BOMMER, Vor Art. 19 N 50; HAUSER (1985), 46; PIGNAT/KAHN, ZStrR 2004, 254 («*Le principe de la gravité de la faute s'érige ainsi en inébranlable garde-fou [...]*»); DUBS, in: FG SJ, 19 f.; NIGGLI/MAEDER, in: MH Hurtado Pozo, 312; ROXIN, ZStrR 1987, 360; SCHULTZ AT II⁴, 75 f.; StGB PK⁴-TRECHSEL/M. SEELMANN, Art. 47 N 16; vgl. auch AHLERS-GRZIBEK (2003), 7 f.; BKK⁷⁰-FISCHER, § 46 N 19; HASSEMER, HRRS 2006, 140; HIRSCH, in: Kohlmann, 639; JESCHECK/WEIGEND⁵, 23 ff., 879; S/S³⁰-KINZIG, Vor §§ 38 ff. N 18; MK⁴-MAIER, § 46 N 30; SPYCHER (2013), 209; ROXIN/GRECO⁵, § 3 N 51; SEILER⁸, Rz. 194; WALTER, JZ 2019, 652 f.; kritisch dazu bereits EXNER (1914), 41.

1252 BGE 120 IV 342, E. 2g.

1253 SCHULTZ AT II⁴, 75; NIGGLI/MAEDER, in: MH Hurtado Pozo, 312; vgl. auch Bericht VE-StGB/1987, 116 f. («*Das Schweizer Strafrecht ist mithin ein Schuldstrafrecht nicht nur in der Weise, dass es eine Strafe einzig als Folge schuldhaften Verhaltens gestattet, sondern ausserdem die Schuld das Mass der Strafe bestimmen lässt*»).

1254 Vgl. etwa JESCHECK/WEIGEND⁵, 879; STRATENWERTH (1972), 10 ff.; StGB STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 71; PK⁴-TRECHSEL/M. SEELMANN, Art. 47 N 15 m.w.H.

einem Strafgesetzbuch von 1987 dafür, dass das vom Verschulden begrenzte Strafmass nicht ausgeschöpft zu werden brauche, wenn eine tiefere Strafe den Täter voraussichtlich von weiterer Delinquenz abzuhalten vermöge.¹²⁵⁵ Um diese Frage der strafbestimmende Funktion der Schuld hinsichtlich der Bestimmung von Art. 47 StGB beantworten zu können, muss jedoch zunächst dargelegt werden, ob neben der Schuld resp. dem Verschulden überhaupt präventive Strafzwecküberlegungen für die Strafhöhenzumessung miteinbezogen werden können. Dies soll sogleich unter I.D.2.a.a2. erfolgen. Erst in einem weiteren Schritt gilt es bejahendenfalls zu eruieren, inwiefern sich diese auf die strafbestimmende Funktion der Schuld auswirken können.¹²⁵⁶

v. Schuld und der Grundsatz der Verhältnismässigkeit

Zuvor soll jedoch noch kursorisch eine im Schrifttum vertretene Theorie aufgegriffen werden, nach der das Schuldprinzip durch einen anderen Grundsatz ersetzt werden könne. So wird von deren Vertretern die Frage aufgeworfen, ob der *Verhältnismässigkeitsgrundsatz* nicht *anstelle* des Schuldprinzips angewendet werden könnte. Diese Diskussion wird zwar insb. in der deutschen Lehre geführt,¹²⁵⁷ der dort ausgetragene Widerstreit ist jedoch für die schweizerische Strafzumessungsdiskussion ebenso von Interesse.¹²⁵⁸ So wird etwa argumentiert, dass der Schuldgrundsatz nichts anderes sei als «die strafrechtliche Ausprägung jenes allgemeinen Rechtsgrundsatzes der «Verhältnismässigkeit», dem als Ausfluss des Rechtsstaatsgedankens Verfassungsrang» zukomme.¹²⁵⁹

Nach Art. 5 Abs. 2 und Art. 36 BV begrenzt das Verhältnismässigkeitsprinzip staatliche Grundrechtseingriffe; der Staat muss für einen solchen Eingriff – neben einer gesetzlichen Grundlage – einen legitimen Zweck (öffentliches Interesse) benennen (Art. 36 Abs. 2 BV), sein Handeln muss geeignet, erforderlich und zumutbar sein (Art. 36 Abs. 3 BV) und der Kerngehalt des Grundrechts muss gewahrt werden.¹²⁶⁰ Im Strafgesetzbuch findet sich ein Verweis auf dieses Prinzip unter dem dritten Titel des ersten Teils (Strafen und Massnahmen) – neben Art. 70 (Einziehung von Vermögenswerten – Grundsätze) –

1255 Bericht VE-StGB/1987, 117 (Art. 46 Abs. 3 VE-StGB/1987: «Die Strafe darf das Mass der Tatschuld nicht übersteigen. Sie soll es unterschreiten, wenn zu erwarten ist, dass eine gelindere Strafe genügt, um den Verurteilten von weiteren Vergehen abzuhalten.»)

1256 I.D.2.a.a3. und I.D.2.a.a4.

1257 Vgl. ELLSCHIED/HASSEMER, in: Lüderssen/Sack, 281 ff.; FRISCH, NStZ 2013, 249 ff.; HÖRNLE, JZ 1999, 1082; KASPAR, in: Juristentag, C 90 ff.; A. KAUFMANN, in: FS Lange, 27 ff.

1258 Siehe für proportionality at sentencing betr. EMRK sodann SUMMERS (2022), 91 ff.

1259 CALLIESS (1974), 187; s.a. ELLSCHIED/HASSEMER, in: Lüderssen/Sack, 281 ff.

1260 BSK BV-EPINEY, Art. 36 N 53 ff.; JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 172 f.; StGB PK⁴-TRECHSEL/PAUEN BORER, Art. 56 N 6; STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 7 N 16.

nur bei den Grundsätzen zu den Massnahmen. So heisst es in Art. 56 Abs. 2 StGB, der dieses verfassungsmässige Prinzip konkretisiert, dass die Anordnung einer Massnahme voraussetzt, dass der mit ihr verbundene Eingriff in die Persönlichkeitsrechte des Täters im Hinblick auf die Wahrscheinlichkeit und Schwere weiterer Straftaten nicht unverhältnismässig ist.¹²⁶¹ Da dem Massnahmenrecht eine mit dem Schuldprinzip vergleichbare Funktion fehlt,¹²⁶² kommt dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit dort ausschliessliche Begrenzungsfunktion des staatlichen Eingriffs zu.¹²⁶³ Dass der Verhältnismässigkeitsgrundsatz jedoch nicht nur im Massnahmenrecht, sondern beim Aussprechen von jedweder strafrechtlichen Sanktion – und damit auch bei Strafen «i.e.S.», d.h. etwa bei Freiheits- und Geldstrafen – als Grundrechtseingriff zu beachten ist, dürfte trotz fehlender Umschreibung bei den Grundsätzen zur Strafzumessung in den Art. 47 ff. StGB unbestritten sein¹²⁶⁴ und wird auch vom Bundesgericht anerkannt.¹²⁶⁵ Wie aber bereits dargelegt wurde, übernimmt das Schuldprinzip bezüglich der auszusprechenden Strafhöhe in mehrfacher Hinsicht eine – im Vergleich zum Verhältnismässigkeitsprinzip zusätzliche – *limitierende* Funktion: So stellt es einerseits ein *strafbegründendes* Merkmal dar, da ohne Schuld gar keine Strafe ausgesprochen werden kann und darf («nulla poena sine culpa»)¹²⁶⁶ Gleichzeitig wurde auch festgestellt, dass die Schuld insofern *strafbegrenzend* wirkt, als eine das Mass des Verschuldens übersteigende Strafe unzulässig wäre.¹²⁶⁷ Demgegenüber müsste bei einer reinen Anwendung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes – vereinfacht gesagt – etwa eine strafrechtliche Sanktion zwecks Verhinderung zukünftiger Delinquenz (nur) nach ihrer Art und Schwere im «richtigen» Verhältnis zu den vom Täter zukünftig zu erwartenden Delikten sowie zum Grad seiner Gefährlichkeit stehen.¹²⁶⁸ Durch die dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz

1261 Vgl. BGE 142 IV 105, E. 5.4; BGer, Urteil 6B_608/2018 vom 28. Juni 2018, E. 1.1; 6B_1317/2017 vom 22. Mai 2018, E. 3.1; 6B_277/2017 vom 15. Dezember 2017, E. 3.1; 6B_109/2013 vom 19. Juli 2013, E. 4.4.1.

1262 BSK StGB I⁴-HEER, Art. 56 N 14; STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 7 N 4.

1263 BSK StGB I⁴-HEER, Art. 56 N 34; JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 172; StGB PK⁴-TRECHSEL/PAUEN BORER, Art. 56 N 7; vgl. auch BGer, Urteil 6B_850/2020 vom 8. Oktober 2020, E. 2.3.5.

1264 JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 172; s. für das deutsche Recht KASPAR, in: Juristentag, C 90; SCHMIDHÄUSER² (1975), 109; unbestritten kommt das Verhältnismässigkeitsprinzip auch zur Anwendung, wenn es um die Frage der Wahl der Strafart geht, vgl. EGE/M. SEELMANN, AJP 2022, 344; BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 34.

1265 BGer, Urteil 6B_608/2018 vom 28. Juni 2018, E. 1.1 («Toute sanction pénale qui restreint un droit fondamental doit respecter le principe de proportionnalité [...]»).

1266 Siehe vorne I.D.2.a.a1.iv.

1267 Siehe vorne I.D.2.a.a1.iv.

1268 A. KAUFMANN, in: FS Lange, 34; vgl. auch FRISCH, NSTz 2013, 252.

inhärente Zweck-Mittel-Relation kann daher nur ein relativer, jedoch kein absoluter Schutz vor überhöhten Strafen realisiert werden; wird etwa der angestrebte Zweck als besonders relevant beurteilt, erweitert sich dementsprechend auch das Mass des staatlichen Eingriffs, was grundsätzlich übermässige resp. nicht (mehr) der Schuld entsprechende präventive Strafen zu Abschreckungs- oder Sicherungszwecken erlauben würde.¹²⁶⁹ So könnte das Prinzip «nulla poena sine culpa» durch den Verhältnismässigkeitsgrundsatz keinesfalls ersetzt werden, behandelt es doch keine abzuwägenden Fragen der Relation verschiedener Interessen.¹²⁷⁰ Durch das Schuldprinzip wird hingegen eine ubiquitär eingreifende Limitierung des staatlichen Strafinteresses erreicht, die allein durch das Verhältnismässigkeitsprinzip nicht erwirkt werden könnte.¹²⁷¹ Nicht zuletzt deshalb wird die «Garantie- und Schutzfunktion» des Schuldbegriffs auch als «Magna Carta des Normbrechers» bezeichnet.¹²⁷² Zudem würde sich auch hierbei wiederum das Problem stellen, dass im konkreten Fall schwerlich festgestellt werden kann, welches Strafmass notwendig ist, um den jeweiligen Täter von zukünftiger Delinquenz abzuhalten.¹²⁷³

Jedoch darf nicht ausser Acht gelassen werden, dass das Schuldprinzip keineswegs in jedem Fall – zugunsten des Täters – strengere Massstäbe setzt als das Verhältnismässigkeitsprinzip. So wäre aufgrund des Schuldprinzips – im Falle der Bejahung der soeben thematisierten *strafbestimmenden* Funktion desselben¹²⁷⁴ – auch in Fällen, in denen keine oder nur eingeschränkte präventive Bedürfnisse auf (volle) Bestrafung vorlägen, eine dem Verschulden entsprechende Strafe auszusprechen. In einem solchen Fall *könnte* mithin der Verhältnismässigkeitsgrundsatz den die Strafhöhe limitierenden Faktor darstellen: So wäre eine Strafe (in einer gewissen Höhe) nur angebracht, wenn diese zur Erzielung präventiver Ziele im Sinne des Rechtsgüterschutzes geeignet,

1269 Man denke etwa nur an eine verminderte Zurechnungsfähigkeit aufgrund eines psychischen Defizits; FRISCH, NSTZ 2013, 253; HÖRNLE, JZ 1999, 1082; HIRSCH, in: Kohlmann; pointierter HASSEMER, HRRS 2006, 140 («Prävention und Gefahrenabwehr sind grundsätzlich schrankenlos, der Prävention muss im Rechtsstaat die Verhältnismässigkeit erst beigebracht werden, denn sie ist ihr von Natur aus fremd»).

1270 FRISCH, NSTZ 2013, 250.

1271 HÖRNLE, JZ 1999, 1082; vgl. auch ELLSCHEID/HASSEMER, in: Lüderssen/Sack, 282 f.

1272 So HIRSCH, in: Kohlmann, 644; gemäss STRENG, in: FS Müller-Dietz, 895, stellt das Schuldprinzip «eine spezifisch strafrechtliche, nämlich auf Normbestätigung [...] konzentrierte Ausformung des [...] Verhältnismässigkeitsprinzips dar [...]»; a.M. wohl JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 20, wonach zweifelhaft sei, ob das «Verschuldensprinzip eine über das allgemeine Verhältnismässigkeitsprinzip [...] hinausgehende, Grundrechtseingriffe limitierende Rolle» spiele.

1273 Auf dieses fehlende «Massprinzip» wurde bereits eingegangen, s. vorne I.B.2.; vgl. auch FRISCH, NSTZ 2013, 251.

1274 Vgl. vorne I.D.2.a.a1.iv.

erforderlich und verhältnismässig i.e.S. wäre.¹²⁷⁵ Ob gestützt darauf eine sog. *Unterschuldstrafe* ausgesprochen werden dürfte, wird noch eingehend zu behandeln sein.¹²⁷⁶ Das Verhältnismässigkeitsprinzip kann bejahendenfalls in einem solchen Fall aber zumindest einen Teilaspekt bei der Bemessung der Strafhöhe darstellen.¹²⁷⁷

Diese Beispiele sollen hier lediglich aufzeigen, dass das Schuldprinzip in gewisser Hinsicht eine strengere Limitierung der Strafhöhe als das Verhältnismässigkeitsprinzip bewirkt, in bestimmten Konstellationen jedoch das Gegenteil der Fall sein kann. Beide Prinzipien können demnach als limitierendes Korrektiv auftreten – beim Verhältnismässigkeitsgrundsatz dann, wenn man eine Strafe unterhalb des Masses des Verschuldens zulässt. Mithin besteht zwischen den Prinzipien zumindest eine teilweise Deckungsgleichheit. Zudem kommt das Verhältnismässigkeitsprinzip im Rahmen des Schuldprinzips insofern zur Anwendung, als die Strafhöhe verhältnismässig zum Ausmass des Verschuldens zu sein hat, wobei es sich hierbei um eine sehr spezielle Art der Verhältnismässigkeit handelt: Das Verschulden und die Strafhöhe müssen gemäss unseren *normativen* Bewertungsmaßstäben für das Verschulden in einer solchen Relation zueinanderstehen, dass die Strafhöhe dem Verschulden des Täters entspricht.¹²⁷⁸

Im Ergebnis ist zu konstatieren, dass das Schuldprinzip nicht mit dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz ersetzt werden kann, lässt sich doch aus Letzterem gerade nicht ableiten, wie die Strafhöhe gestützt auf das Verschulden des Täters – zu seinen Gunsten – begründet und begrenzt werden kann. Nur im Falle der strafbestimmenden Funktion des Verschuldens könnte das Verhältnismässigkeitsprinzip – im Falle des Zulassens einer Strafe unterhalb der Verschuldensgrenze – einen die Strafhöhe limitierenden Faktor darstellen.

a2. Prävention

Es stellt sich nun die Frage, ob neben dem Verschulden auch noch *präventive* Überlegungen Eingang in die Strafzumessung i.e.S. finden können bzw. dürfen. Im Folgenden gilt es, dies anhand der bekannten Aufteilung von Spezial- und Generalprävention durch methodische Auslegung darzulegen. Es sei vorwegzunehmen, dass in den folgenden Abschnitten oftmals von einer Strafe die Rede ist, welche sich noch *innerhalb* oder schon *ausserhalb* des Schuldrahmens

1275 HAAG (1970), 31; KASPAR, in: Juristentag, C 91.

1276 Siehe hinten I.D.2.a.a4.ii.

1277 Vgl. A. KAUFMANN, in: FS Lange, 31 f.; SCHMIDHÄUSER² (1975), 108 f.

1278 FRISCH, NStZ 2013, 252 f., spricht von einer «*wertrationalen Verhältnismässigkeit sehr speziellen Inhalts*»; vgl. A. KAUFMANN, in: FS Lange, 32 f.

befindet. Davon ist zwar schon Notiz zu nehmen, was es damit aber genau für eine Bewandtnis hat, wird eingehend im darauffolgenden Abschnitt unter I.D.2.a.a3. erläutert.

i. Spezialprävention

Ob und inwieweit es bei der Strafzumessung i.e.S. möglich und erlaubt ist, präventive Gesichtspunkte miteinzubeziehen, ist eine schon seit geraumer Zeit diskutierte Frage.¹²⁷⁹ Art. 63 StGB/1937 hielt bis zum Inkrafttreten der revidierten Bestimmung von Art. 47 StGB lediglich fest, dass das Gericht die Strafe nach dem Verschulden des Täters zu bemessen habe, wobei die Beweggründe, das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse des Schuldigen zu berücksichtigen waren. Die alte Bestimmung hatte sich nach dem Gesetzeswortlaut somit einzig nach dem Verschulden zu richten.¹²⁸⁰ Dies zeigte sich auch schon bei den Vorentwürfen von 1894 (Art. 35), 1896 (Art. 38) und 1903 (Art. 47). Dort – etwa in Art. 47 VE-StGB/1903 – hiess es ebenfalls: «Der Richter bemisst die Strafe nach der Schuld des Täters und berücksichtigt dabei die Beweggründe, das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse des Schuldigen.» Das «dabei» implizierte, dass das Gericht die darauf folgenden Umstände *innerhalb* des Massprinzips des Verschuldens berücksichtigen musste und dadurch kein Platz mehr für weitergehende spezialpräventive Überlegungen gewesen wäre.¹²⁸¹

CARL STOOSS selbst war indes grundsätzlich davon überzeugt, dass das Strafrecht sich nicht nur auf den Schuldausgleich beschränken dürfe; «wichtiger als die Vergeltung des begangenen Unrechts an dem Übelthäter [...sei] es für den Staat, dem Verbrechen vorzubeugen».¹²⁸² Die eigentliche Strafzumessung i.e.S. sollte jedoch weiterhin rein nach der Schuld des Täters bemessen werden. So führte STOOSS aus, dass der Entwurf des Strafgesetzbuchs auf dem Grundsatz «Keine Strafe ohne Schuld. Strafe nur nach Mass der Schuld» beruhe.¹²⁸³ Der Entwurf lehne daher auch eine «Zweckstrafe» im Sinne der Lehre FRANZ VON LISZTS' («Besserung der besserungsfähigen und besserungsbedürftigen Verbrecher [...]; Abschreckung der nicht besserungsbe-

1279 HK StGB⁴-WOHLERS, Art. 47 N 21.

1280 Vgl. dazu SCHULTZ AT II⁴, 77; STOECKLIN (1971), 53; STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 69.

1281 G. MAURER (1945), 36.

1282 Motive VE-StGB/1893, 35; dabei machte Stooss jedoch darauf aufmerksam, dass die vorbeugende Tätigkeit eigentlich der Polizei zufalle (35 f.); vgl. auch STOOSS, ZStrR 1894, 231; DERS., ZStrR 1901, 386 («Dass der Endzweck aller Straferechtigkeit nicht in der Vergeltung beruht, ist keine neue Erkenntnis [...]»); gleicher Meinung auch LUDWIG, ZStrR 1959, 218 Fn. 9.

1283 STOOSS, ZStrR 1930, 261; DERS., ZStrR 1924, 27; vgl. auch EXNER, ZStrR 1917, 198.

dürftigen Verbrecher; [...] Unschädlichmachung der nicht besserungsfähigen Verbrecher.»¹²⁸⁴ ab, wonach der Strafzweck je nach Art der Kriminalität verschieden sei.¹²⁸⁵ Gemäss VON LISZT solle nicht die Schuld des Täters, sondern sein Zustand die Art und das Mass der Strafe bestimmen, was als Strafzweck die Spezialprävention hervorhebe.¹²⁸⁶ Im Gegensatz dazu wolle jedoch der schweizerische Entwurf des Strafgesetzbuchs den Gewohnheitsverbrecher nicht «durch Strafe unschädlich machen, sondern durch die sichernde Massnahme der Verwahrung, weil Gewohnheitsverbrecher für die Strafe nicht mehr empfänglich» seien.¹²⁸⁷ Spezialpräventive Überlegungen sollten entsprechend einzig Grundlage der sichernden Massnahmen sein und nicht zuletzt auch Massregeln für unzurechnungsfähige Täter zur Verfügung stellen.¹²⁸⁸ STOOSS entwickelte auf dieser Grundlage auch sein System der Doppelspurigkeit von Strafen und Massnahmen.¹²⁸⁹ Entsprechend war durch ihn eine direkte Berücksichtigung spezialpräventiver Umstände zwecks Festsetzung der Strafhöhe nicht vorgesehen; deren allfällige indirekte Auswirkungen waren vielmehr ein unvermeidbares Nebenprodukt.¹²⁹⁰ Dieselbe Ansicht vertrat STOOSS auch noch nach seiner Berufung als Professor an die Universität Wien 1896.¹²⁹¹ So hielt er in seinem Lehrbuch zum österreichischen Strafrecht fest, dass «es [...] zwar sehr wünschenswert [sei], dass die Strafe den Schuldigen bessere. [...] Besserung und Unschädlichmachung des Schuldigen [seien jedoch] nicht Zweck der Strafe.»¹²⁹²

Gegen STOOSS' Ansicht regte sich jedoch Kritik. So wurde vorgebracht, dass eine reine Vergeltungsstrafe eine Behandlung des Täters im Sinne der Resozialisierung nicht zulasse; so könnte eine Strafe zwar durchaus «gerecht», im Hinblick auf die Verbrechensverhütung jedoch sehr unzweckmässig sein.¹²⁹³

1284 VON LISZT (1905), 166; dazu auch MONA, ZNR 2013, 25.

1285 STOOSS, ZStrR 1930, 261; s. a. U. GERMANN, Rg 2009, 93; STOOSS, ZStrR 1896, 168; DERS., ZStrR 1905, 1.

1286 STOOSS, ZStrR 1930, 261.

1287 STOOSS, ZStrR 1930, 262; DERS., ZStrR 1905, 4.

1288 STOOSS, ZStrR 1930, 159 («Die Dauer der Strafe wird durch die Schuld des Täters bestimmt, die Dauer der sichernden Massnahme durch ihren Zweck. Die Dauer der Strafe wird fest bestimmt, die Dauer der sichernden Massnahme ist unbestimmt [...]»); s. a. MONA, ZNR 2013, 25.

1289 Dazu m.w.H. U. GERMANN, ZStrR 2009, 152 ff.; DERS., in: Studer/Tanner/Opitz, 195 ff.; MONA, ZNR 2013, 25 ff.

1290 Siehe etwa STOOSS, ZStrR 1924, 31 («Der schweizerische Strafgesetzentwurf stellt das geschichtlich begründete Vergeltungsstrafrecht in den Dienst des Güterschutzes»).

1291 Vgl. dazu PAHUD DES MORTANGES², 272.

1292 STOOSS², 190.

1293 PFENNINGER, SJZ 1934, 213.

Die Vergeltungsstrafe könne zwar zufällig im Einzelfall der Behandlungsbedürftigkeit des Täters entsprechen, weit zahlreicher seien aber die Fälle, da sie dieser direkt entgegenwirke.¹²⁹⁴

Bereits bei der Ausarbeitung des Strafgesetzbuches gab es daher auch Stimmen, die der Prävention bei der Strafzumessung eine Rolle zuteilwerden lassen wollten. War das Ziel der *Strafandrohungen* im Besonderen Teil des Strafgesetzes unbestrittenermassen das der Generalprävention, sollten durch die eigentliche Strafzumessung auch Ziele der Spezialprävention verfolgt werden dürfen.¹²⁹⁵ Die Verhütung weiterer Straftaten durch den Täter hätte spezialpräventiv durch eine Strafe zu erfolgen, durch die am «ehesten eine günstige Wirkung auf [...ihn] erwartet werden» könnte.¹²⁹⁶ Dass sich entsprechende Meinungen im Gesetzgebungsverfahren vermehrt durchsetzen konnten, ist wohl auch darin zu verorten, dass STOOSS im Jahre 1896 einem Ruf als Professor an die Universität Wien folgte und das Projekt nur mehr aus der Ferne verfolgen konnte.¹²⁹⁷ Zwar wurde er noch in den Vorberatungen zum Vorentwurf von 1903 miteinbezogen, jedoch war es ihm nicht mehr möglich, einen prägenden Einfluss auf die Beratungen zu nehmen.¹²⁹⁸ An den Beratungen der zweiten grossen Expertenkommission ab April 1912 nahm STOOSS überhaupt nicht mehr teil.¹²⁹⁹ Die Ansicht, durch die Strafe präventiv auf den Täter einzuwirken, fand sich schliesslich auch in der Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung von 1918. Dort hiess es: «Da war es notwendig, dem Richter Grundsätze vorzuschreiben, nach denen er die Strafe innerhalb des Rahmens zu bemessen habe (Art. 60). Diese Grundsätze weisen ihn darauf hin, die innern und äussern Ursachen der Tat zu erforschen, die Stärke des verbrecherischen Hanges und die Beeinflussbarkeit des Täters durch die Strafe.»¹³⁰⁰

Obwohl es auch weiterhin Stimmen gab, die sich – gestützt auf den Wortlaut von Art. 63 StGB/1937 – gegen den Einbezug von (spezial)präventiven Strafzwecküberlegungen bei der Strafzumessung i.e.S. aussprachen,¹³⁰¹ setzte sich

1294 PFENNINGER, SJZ 1934, 213.

1295 Erläuterungen VE-StGB/1908, 98f.; HAFTER², 252f.

1296 Erläuterungen VE-StGB/1908, 99.

1297 Vgl. dazu PAHUD DES MORTANGES², 272.

1298 GSCHWEND, ZStrR 1994, 51; vgl. auch vorne I.C.4.f.

1299 Siehe für die Liste der Kommissionsmitglieder Protokoll-I/1912, 1f.; GSCHWEND, ZStrR 1994, 52.

1300 Botschaft, BBl 1918 IV, 24.

1301 So etwa DUBS, FG SJ, 17 («Art. 63 erwähnt den Erziehungszweck nicht [...]. Der Gesetzgeber will, dass die Strafe nach dem Verschulden bemessen werde, nicht nach der voraussichtlichen Dauer einer Nacherziehung. Es dürfte deshalb richtig sein, den Gesichtspunkt der Spezialprävention bei der Strafzumessung gänzlich ausser acht zu lassen [...]); HUTH, ZStrR 1942, 62 («[...] haben neben der Regel des Art. 63 StGB grundsätzlich keine

in der Lehre zusehends die Überzeugung durch, dass präventive Umstände bei der Zumessung der Strafe zu beachten seien.¹³⁰² Dabei wurden bereits früh durch eine weite Interpretation des Wortlauts spezialpräventive Grundsätze in Art. 63 StGB/1937 hineingelesen. Dies geschah insb. durch eine extensive Auslegung des Umstands der «persönlichen Verhältnisse». ¹³⁰³ Zu den persönlichen Verhältnissen könnten so auch die Erziehungsbedürftig- und die Erziehungsfähigkeit des Täters gezählt werden.¹³⁰⁴ Gestützt werde diese Auslegeordnung dadurch, dass ab dem Vorentwurf von 1908 der frühere Gesetzeswortlaut «Der Richter bemisst die Strafe nach der Schuld des Täters und berücksichtigt dabei die Beweggründe [...]» insofern abgeändert worden sei, als das Wort «dabei» verschwunden sei. Dies sei ein ausdrücklicher Hinweis darauf, dass die Beweggründe, das Vorleben sowie die persönlichen Verhältnisse sich nicht zwingend nur auf das Verschulden beziehen müssten.¹³⁰⁵ Des Weiteren wurde die Meinung vertreten, dass der in Art. 63 StGB/1937 enthaltene Katalog an Strafzumessungsgründen nicht abschliessend sei; zulässig müsse es entsprechend sein, aus den allgemeinen Strafzwecken weitere Strafzumessungsgründe abzuleiten, durch welche die Verschuldensstrafe bis zu einem gewissen

Erwägungen über den Strafzweck Platz [...]»; LUDWIG, ZStR 1959, 218 Fn. 9 («*Jeder zuverlässige Massstab würde dahinfallen, wenn der Richter – in Missachtung von Art. 63 – bei seinen Überlegungen nicht vom Ausgleichsgedanken ausgehen, sondern auf die Erziehungsbedürftigkeit des Beschuldigten oder den Gesellschaftsschutz abstellen wollte [...]»*); STOECKLIN (1971), 69 («*[...] ist der Ansicht, dass das Verschulden umfassender Strafzumessungsgrund sei, der Vorzug zu geben [...]»*); StGB KK¹, Art. 63 N 9; vgl. auch CORBOZ, ZBJV 1995, 11 f.

1302 P. ALBRECHT, ZStR 1991, 55 f.; DIEZ (1944), 6; GREINER, in: Bänziger/Hubschmid/Sollberger, 128 f.; HAFTER², 355; G. MAURER (1945), 38 («*Tatsache ist aber, dass die Vergeltungsstrafe in gewissen Fällen in Hinsicht auf den Gesellschaftsschutz und die Verbrechensverhütung unerfreuliche Resultate zeitigt, und dass in solchen Fällen die Durchbrechung des Prinzips «Strafzumessung nach der Schuld des Täters» zugunsten des Prinzips «Strafzumessung in Hinsicht auf Besserung des Täters und Verbrechensverhütung» angezeigt ist [...]»*); PETRZILKA (1942), 89 («*Obwohl Art. 63 StGB [...] die Gefährlichkeit des Täters und seiner Handlung nicht mehr besonders hervorhebt, kann doch kein Zweifel darüber bestehen, dass die Gefährlichkeit des Täters [...] bei der Strafzumessung nach StGB [...] vom Richter zu berücksichtigen ist [...]»*); REHBERG⁷, 72; SCHWANDER², Rz. 429; STRATEN-WERTH AT II¹, § 7 N 60 m.w.H.; vgl. auch KILLIAS/AEBI/KUHN⁴, Rz. 658; MONA, ZNR 2013, 28; NAY, ZStR 1994, 182; PFENNINGER, SJZ 1934, 215.

1303 HAFTER², 355 («*Eine gute Abklärung der persönlichen Verhältnisse gibt auch Auskunft über die voraussichtliche Wirksamkeit einer zu verhängenden Strafe [...]»*); G. MAURER (1945), 39, 50 f., 56; so auch schon Votum Gautier, Protokoll-I/1912, 359 («*[la] situation personnelle dans le sens le plus étendu du terme»*).

1304 G. MAURER (1945), 39, 51.

1305 G. MAURER (1945), 39; dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass der französische Gesetzestext in Art. 63 StGB/1937 weiterhin den Ausdruck «*en tenant compte*», also «*wobei er/sie ...berücksichtigt*» verwendete («*Le juge fixera la peine d'après la culpabilité du délinquant, en tenant compte des mobiles, des antécédents et de la situation personnelle de ce dernier»*).

Grad korrigiert werden könne.¹³⁰⁶ Einig war sich die Lehre dahingehend, dass aus Gründen der Spezialprävention keine Strafe ausgesprochen werden dürfe, die über das der Tat entsprechende Verschulden *hinausgehe*.¹³⁰⁷ Dies ist auch gemäss h.L. und Praxis (fast) unbestritten¹³⁰⁸ und entspricht zudem der untersuchten *strafbegrenzenden* Funktion der Schuld.¹³⁰⁹ Im Rahmen der Teilrevision des Strafgesetzbuchs wurde bei den Beratungen der Expertenkommission 1954 bereits der Vorschlag eingebracht, beim allgemeinen Strafzumessungsgrund nach Art. 63 StGB/1937 auch die Berücksichtigung spezialpräventiver Überlegungen ins Gesetz aufzunehmen. Diesem Vorschlag wurde damals jedoch entgegengehalten, dass er dem Schuldprinzip widerspreche, worauf er (noch) keinen Eingang in die Bestimmung fand.¹³¹⁰

Das Bundesgericht führte in seiner älteren Rechtsprechung zu den kantonalen Strafgesetzbüchern noch aus, dass die Strafe der «Vergeltung einer [...] Übeltat» resp. «comme moyen de répression» diene.¹³¹¹ Auch nach Inkrafttreten des Schweizerischen Strafgesetzbuchs betonte die höchstrichterliche Rechtsprechung im Jahre 1951 zunächst noch den «Sühnezweck» der Strafe.¹³¹² Rund 20 Jahre später – und damit kurz nach der Teilrevision des Sanktionenrechts von 1971¹³¹³ – äusserte sich das Bundesgericht nun jedoch dahingehend, dass der Hauptzweck der Strafe die Verhinderung künftiger Delikte und damit die Resozialisierung des Täters sei.¹³¹⁴ Ein Täter solle durch die Strafe nach Möglichkeit nicht aus einer günstigen Entwicklung

1306 Vgl. REHBERG⁷, 72; SCHULTZ AT II⁴, 78; STOECKLIN (1971), 69, m.w.H.; s.a. ROXIN, in: FG Schultz, 469; s. dazu eingehend hinten I.D.2.a.a.3.

1307 REHBERG⁷, 72; SCHULTZ AT II⁴, 78; SCHWANDER², Rz. 429; VON WERDT (1956), 72.

1308 BGE 134 IV 60, E. 7.3.2; P. ALBRECHT, ZStrR 2013, 395 f.; GERMANIER (2019), 114; JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 118 f.; STOECKLIN (1971), 56 f.; STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 70; StGB PK⁴-TRECHSEL/M. SEELMANN, Art. 47 N 16; BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 74; HK StGB⁴-WOHLERS, Art. 47 N 22; a.M. Komm. StGB²-KELLER, 42 («Wortlaut, Systematik und Logik des neuen Artikels 47 erlauben aber auch ein Abweichen nach oben [...], über die schuldangemessene Strafe hinaus, wenn diese Umstände ungünstig sind [...]»); für die deutsche Lehre vgl. MK⁴-MAIER, § 46 N 49.

1309 Vgl. vorne I.D.2.a.a.1.iv.

1310 Protokoll-I/1954, 38 ff.

1311 BGE 12 I 523, E. 3: «[...] Natur einer im öffentlichen Interesse zur Vergeltung einer strafwürdigen Übeltat ausgesprochenen Strafe [...]»; 3 I 457, E. 2.

1312 BGE 77 IV 129, E. 2: «Die ambulante Behandlung dagegen, selbst wenn sie mit Unannehmlichkeiten verbunden ist, erfüllt den Sühnezweck der Strafe nicht.»

1313 Vgl. vorne I.C.5.

1314 BGE 98 IV 199, E. 3a («Die Strafe bezweckt in erster Linie eine Resozialisierung des Täters und damit einen Schutz der Gesellschaft vor künftigen deliktischen Handlungen [...]»); 118 IV 337, E. 3c («Das Strafrecht dient in erster Linie nicht der Vergeltung, sondern der Verbrechensverhütung»); 119 IV 125, E. 3c; 124 IV 246, E. 2b; 129 IV 161, E. 4.2; 143 IV 1, E. 5.4.1.

herausgerissen werden (Grundsatz des *nil nocere*).¹³¹⁵ Das Bundesgericht bediente sich dabei der Argumentation, dass der Gesetzgeber die Resozialisierung als erklärtes Ziel des Strafvollzugs ausgegeben habe. Da die Strafzumessung eine Einheit bilde, müsse sie u.a. auch die möglichen Bedingungen bedingt vollziehbarer Strafen mitberücksichtigen.¹³¹⁶ So seien Sanktionen, welche die Besserung des Täters gewährleisten würden, zu verhängen und solche, die dem Anliegen der Verbrechenverhütung zuwiderliefen, möglichst zu vermeiden. Dies gelte nicht nur im Bereich der Massnahmen, sondern für das ganze strafrechtliche Sanktionensystem und damit auch für die Strafzumessung.¹³¹⁷ Auch in der neueren Rechtsprechung weist das Bundesgericht darauf hin, dass dem Anliegen der (positiven) Spezialprävention grundsätzlich ein Vorrang zukomme.¹³¹⁸

Dieser Auslegung der h.L. und Praxis hat schliesslich auch der Gesetzgeber mit der Revision des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches Nachachtung verschafft und als nunmehr geltendes Recht kodifiziert.¹³¹⁹ So statuiert Art. 47 Abs. 1 Satz 2 StGB seit dem 1. Januar 2007, dass das Gericht neben dem Vorleben und den persönlichen Verhältnissen neu auch die *Wirkung der Strafe auf das Leben des Täters* berücksichtigt. Dadurch wird nun der Grundsatz der positiven Spezialprävention im Sinne der Resozialisierung explizit im Gesetz genannt.¹³²⁰ Dabei handelt es sich nicht um eine Kann-Vorschrift, sondern um eine bindende Anordnung. Es liegt mithin nicht im Ermessen des Gerichts, diesen Punkt in die Strafzumessung miteinzubeziehen. Eine Konzeption, welche die Strafzumessung i.e.S. alleine nach dem Mass der Schuld vornehmen will, ist entsprechend mit dem Gesetzeswortlaut nicht mehr zu vereinbaren. Das Ziel der Besserung und Resozialisierung ist – wie bereits vom Bundesgericht argumentiert wurde – auch im *Strafvollzug* ein entscheidender

1315 Vgl. etwa BGE 105 IV 21, Regeste; 119 IV 125, E. 3c; s.a. BGE 134 IV 17, E. 3.2; BGer, Urteil 6S.59/2005 vom 2. Oktober 2006, E. 7.4; 6S.348/2004 vom 20. Januar 2005, E. 4.1; s. dazu auch HK StGB⁴-WOHLERS, Art. 47 N 22.

1316 BGE 118 IV 337, E. 3c; vgl. dazu auch CORBOZ, ZBJV 1995, 11 f.

1317 BGE 118 IV 337, E. 3c.

1318 BGE 143 IV 1, E. 5.4.1 («[...] dient das Strafrecht in erster Linie nicht der Vergeltung, sondern der Verbrechenverhütung [...]»); 134 IV 1, E. 5.4.1; 129 IV 161, E. 4.2.

1319 GREINER, in: Bänziger/Hubschmid/Sollberger, 129; JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 119; StGB PK⁴-TRECHSEL/M. SEELMANN, Art. 47 N 14; BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 69; HK StGB⁴-WOHLERS, Art. 47 N 22; vgl. auch KILLIAS et al.², Rz. 1216; STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 69 ff.

1320 Botschaft, BBl 1999 II, 2060; BGer, Urteil 6B_14/2007 vom 17. April 2007, E. 5.2; GERMANIER (2019), 113; Komm. StGB²-KELLER, 42; vgl. auch StGB PK⁴-TRECHSEL/M. SEELMANN, Art. 47 N 14; BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 69; HK StGB⁴-WOHLERS, Art. 47 N 22.

Faktor. Dies zeigt sich an der Regelung von Art. 75 Abs. 1 StGB zum Freiheitsentzug, demgemäss der Strafvollzug das soziale Verhalten des Gefangenen – insb. die Fähigkeit, straffrei zu leben – zu fördern hat. Die Konsequenz des auch in der Strafzumessung zu beachtenden Resozialisierungsziels ist folglich, dass, wenn immer möglich, von einer härteren Strafe – insb. von einem längeren Freiheitsentzug – abzusehen ist, sich die (positiv) spezialpräventiven Gesichtspunkte mithin grundsätzlich zugunsten des Täters auswirken.¹³²¹ Eine Resozialisierung kann nach dem heutigen Wissensstand nämlich nur in Ausnahmefällen durch eine längere Strafdauer erreicht werden.¹³²² Vielmehr dürfte es als gesichert gelten, dass längere Freiheitsstrafen eine Wiedereingliederung des Täters in die Gesellschaft erschweren und eine darauf gestützte Straferhöhung nur äussert selten zusätzliche positiv-spezialpräventive Effekte mit sich bringt.¹³²³

Fraglich ist nun, ob neben Überlegungen der Besserung auch Aspekte der negativen Spezialprävention, d.h. der Sicherung und Abschreckung, Eingang in die Strafzumessung i.e.S. finden können bzw. dürfen, was entsprechend zu einer *höheren* Strafe führen würde. In der früheren Lehre wurde durchaus die Ansicht vertreten, dass eine dem Verschulden entsprechende Strafe in bestimmten Fällen nicht ausreiche, um einen Täter von weiteren Straftaten abzuhalten.¹³²⁴ Vielmehr sei eine *höhere* Strafe auszusprechen, um den Täter dadurch möglicherweise zu bessern oder aber ihn zumindest von der Begehung weiterer Delikte abzuhalten (in der neueren Lehre sind – soweit ersichtlich – keine vergleichbaren Ausführungen auffindbar).¹³²⁵ Auch das Bundesgericht gerät in seiner Argumentation noch heute in das Fahrwasser der negativen Spezialprävention, wenn es vom «Warneffekt» einer Strafe oder von der «Unbelehrbarkeit» eines Straftäters spricht.¹³²⁶

Würde man nun *Sicherungsüberlegungen* in die Strafzumessung i.e.S. einfließen lassen, käme man zu Abgrenzungsschwierigkeiten mit dem dem schweizerischen Strafrecht inhärenten doppelspurigen Strafen- und Mass-

1321 HÄRRI, ZStrR 1998, 216; JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 119.

1322 FRISCH, ZStW 1987, 365; KASPAR, in: Juristentag, C 33.

1323 HÄRRI, ZStrR 1998, 216; KASPAR, in: Juristentag, C 33; PALLIN (1982), Rz. 8; STAHL (2015), 153.

1324 G. MAURER (1945), 38 («Man wird z.B. einem Dieb, der häufig delinquent, sich aber nur kleine Diebstähle zuschulden kommen lässt, nicht ständig die geringen Strafen, die das Vergeltungsprinzip fordert, zumessen»).

1325 G. MAURER (1945), 38.

1326 BGer, Urteil 6B_510/2015 vom 25. August 2015, E. 1.5 («Von diesen Strafen wäre ein nachhaltiger Warneffekt zu erwarten gewesen. Der Beschwerdeführer [...] erweist sich als unbelehrbar [...]).

nahmensystem.¹³²⁷ Ausserhalb der Strafzumessung i.e.S. beherrschen spezialpräventive Umstände das Strafrecht nämlich schon weitaus umfangreicher.¹³²⁸ Wird eine Schuldstrafe mangels Schuldfähigkeit gar nicht verhängt oder reicht sie – bei Vorliegen gewisser zusätzlicher Umstände – nicht aus, um besondere präventive Bedürfnisse – insb. aufgrund einer beim Täter noch vorliegenden Gefährlichkeit – zu erfüllen, kann gegen den Täter – bei gegebenen Voraussetzungen – eine Massnahme verhängt werden.¹³²⁹ Im Gegensatz zu den schuldangemessenen Strafen beziehen sich Massnahmen nämlich weder vom Grundsatz her noch in Bezug auf ihr Mass auf die Schuld des Täters.¹³³⁰ Könnte man bezüglich der Höhe der Strafe rein auf Sicherungsüberlegungen abstellen, würde sich eine zweite Massnahmenspur bei gewissen Massnahmen¹³³¹ mithin erübrigen.¹³³²

Auch hinsichtlich der *individuellen Abschreckung* sprechen mehrere Gründe gegen deren Berücksichtigung bei der Strafzumessung i.e.S. So findet die negative Spezialprävention keinen Rückhalt in Art. 47 StGB. Insofern lässt sich die Frage aufwerfen, ob dies nicht das in Art. 1 StGB – sowie in Art. 7 Abs. 1 EMRK – enthaltene Legalitätsprinzip (*nulla poena sine lege*)¹³³³ verletzt.¹³³⁴ Demgemäss darf eine Strafe nämlich nur wegen einer Tat verhängt werden, die das Gesetz ausdrücklich unter Strafe stellt. Aus dem Legalitätsprinzip leitet sich das sog. Bestimmtheitsgebot (*nulla poena sine lege certa*) ab, wonach eine Norm so präzise formuliert sein muss, dass «der Bürger sein Verhalten danach richten und die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit erkennen kann».¹³³⁵ Mit den Folgen ist damit auch die Höhe der Strafe gemeint, welche die betreffende

1327 Dazu DUBS, FG SJ, 18; BSK StGB I⁴-HEER, Vor Art. 56 N 1 ff.; STOECKLIN (1971), 55 f. («Die Ergänzung des Straffensystems durch ein System [...] sichernder Massnahmen wäre sinnvoll, wenn der Strafe die gleiche Funktion zukäme wie den Massnahmen»).

1328 Vgl. etwa CONINX, recht 2019, 28 f.; PFENNINGER, SJZ 1934, 214.

1329 DUBS, in: FG SJ, 18; GETH⁷, Rz. 550; OFK StGB²¹-HEIMGARTNER, Art. 47 N 17.

1330 Siehe etwa BGE 120 IV 1, E. 2; BSK StGB I⁴-HEER, Vor Art. 56 N 1.

1331 Zu denken wäre etwa an die Massnahme der Verwahrung, die nach Art. 64 Abs. 1 lit. a StGB nicht zwingend eine psychische Störung des Täters voraussetzt, vgl. dazu StGB PK⁴-TRECHSEL/PAUEN BORER, Art. 64 N 9.

1332 ROXIN, in: FG Schultz, 472.

1333 Siehe dazu BSK StGB I⁴-POPP/BERKEMEIER, Art. 1 N 1 ff.; StGB PK⁴-TRECHSEL/FATEH-MOGHADAM, Art. 1 N 1.

1334 Vgl. zum österreichischen Recht PALLIN (1982), Rz. 10 («[...] jedes Quäntchen Strafe, das, wie die Generalprävention, nicht auf die Bestimmungen über die Straf bemessung zurückgeführt werden kann, eine Strafe ohne Gesetz [...] ist»).

1335 BGE 141 IV 279, E. 1.3.3; 138 IV 13, E. 4.1; vgl. auch BGE 119 IV 242, E. 1c; BSK StGB I⁴-POPP/BERKEMEIER, Art. 1 N 45 ff.

Straftat mit sich bringt.¹³³⁶ Im Falle der Strafzumessung i.e.S. ist somit fraglich, ob die durch Anwendung individueller Abschreckung erhöhte Strafe für die betroffene Person in ihrem Ausmass erkennbar gewesen sein konnte.¹³³⁷

Die schweizerische höchstrichterliche Rechtsprechung hat sich, soweit ersichtlich, noch nicht mit dieser Problematik auseinandersetzen müssen. Im Gegensatz dazu wurde diese Frage dem EGMR im Hinblick auf das österreichische Strafzumessungsrecht vorgelegt. Der damalige Beschwerdeführer brachte vor, dass das österreichische Gericht u.a. gegen Art. 7 Abs. 1 EMRK verstossen habe, indem es bei der Festsetzung der Strafe entgegen dem Gesetzeswortlaut Aspekte der Abschreckung (Spezial- und Generalprävention) berücksichtigt habe.¹³³⁸ Vergleichbar mit dem Schweizerischen Strafgesetzbuch äussert sich das österreichische Regelwerk gem. § 32 Abs. 1 StGB/Ö dahingehend, dass nur die *Schuld* des Täters Grundlage für die Bemessung der Strafe darstellt. Hinsichtlich der Prävention werden in § 32 Abs. 2 – wie in Art. 47 Abs. 1 StGB – «die Auswirkungen der Strafe und anderer zu erwartender Folgen der Tat auf das künftige Leben des Täters in der Gesellschaft» im Sinne der *positiven Spezialprävention* genannt.¹³³⁹ Dem österreichischen Strafgesetzbuch *nicht* explizit entnehmbar ist hingegen – wie beim Schweizer Strafgesetzbuch – die Berücksichtigung der negativen Spezial- sowie allgemein der Generalprävention für die Strafzumessung.¹³⁴⁰ Der EGMR bestritt dies in seinen Ausführungen zwar nicht, führte jedoch aus, dass es seit Langem gefestigte Rechtsprechung und h.L. in Österreich sei, dass die Schuld des Täters nur den möglichen *Strafumfang* im konkreten Fall definiere.¹³⁴¹ In diesem Bereich könnten u.a. auch *Aspekte der Abschreckung* berücksichtigt werden. Diese Auslegung von

1336 Vgl. EGMR, Urteil i.S. Camilleri gegen Malta, 42931/10 vom 29. Mai 2013, Ziff. 35 («An individual must know from the wording of the relevant provision and, if need be, with the assistance of the courts' interpretation of it, [...] what penalty will be imposed for the act and/or omission committed [...]»); vgl. auch HK EMRK⁴-MEYER-LADEWIG/HARRENDORF/KÖNIG, Art. 7 N 16.

1337 Die Bestimmungen von Art. 1 StGB und Art. 7 Abs. 1 EMRK unterscheiden sich darin insoweit, als in Ersterer die Berechenbarkeit des Entscheids *ex post*, in Letzterer hingegen *ex ante* gefordert wird, vgl. dazu EGMR, Urteil i.S. Korbely gegen Ungarn, 9174/02 vom 19. September 2008, Ziff. 73; BSK StGB¹⁴-POPP/BERKEMEIER, Art. 1 N 48, 50; Komm. EMRK³-SINNER, Art. 7 N 16.

1338 EGMR, Urteil i.S. Wedenig gegen Österreich, 33448/96 vom 14. Dezember 1999, [A. Particular circumstances of the case, keine Ziffern angegeben].

1339 Siehe dazu MEDIGOVIC/REINDL-KRAUSKOPF/LUEF-KÖLBL², 68; Leukauf/Steinger²-TIPOLD, § 32 N 9.

1340 Vgl. BURGSTALLER, RZ 1982, 147; KUNST, ÖJZ 1977, 482; MEDIGOVIC/REINDL-KRAUSKOPF/LUEF-KÖLBL², 69; Leukauf/Steinger²-TIPOLD, § 32 N 9.

1341 EGMR, Urteil i.S. Wedenig gegen Österreich, 33448/96 vom 14. Dezember 1999, [B. Relevant domestic law and practice, keine Ziffern angegeben], u.a. unter Verweis auf BURGSTALLER, ZStW 1982, 127 ff.

§ 32 StGB/Ö sei daher für den Beschwerdeführer vernünftigerweise vorhersehbar gewesen. Entsprechend könne das Gericht keine Verletzung von Art. 7 Abs. 1 EMRK erkennen.¹³⁴²

Dies bedeutet nun zwar, dass nach der Rechtsprechung des EGMR nicht nur ein unbestimmter Rechtsbegriff genügend vorhersehbar ist, wenn er zuvor durch die Rechtsprechung hinreichend geklärt wurde,¹³⁴³ sondern, wie im soeben erwähnten Fall, auch dann, wenn sich ein der Bestimmung zugrunde gelegtes Element – wie das der Abschreckung – dieser Norm gar nicht entnehmen lässt. Sofern sich der EGMR nun jedoch auf die landestypische Auslegung der Lehre und Rechtsprechung stützt, gilt es hinsichtlich der Schweiz Folgendes zu bedenken: Zum einen ist fraglich, wann eine hinreichende Klärung durch die Rechtsprechung vorliegt. So weit ersichtlich, hat sich das Bundesgericht nicht in grundlegender Weise zum Strafzweck der negativen Spezialprävention bei der Strafzumessung i.e.S. geäußert. Entweder wurde die Thematik nur angeschnitten,¹³⁴⁴ oder Überlegungen der individuellen Abschreckung wurden unbesehen mit Verschuldenserwägungen vermischt.¹³⁴⁵ Es wäre daher wünschenswert, wenn das oberste Gericht, sofern es einen solchen Strafzweck zwecks Straferhöhungen weiterhin als zulässig erachtet, grundlegende Erwägungen zu dessen Anwendung anstellen und darlegen würde. Ansonsten bleibt fraglich, ob gestützt auf die bestehende Rechtsprechung von einer «hinreichenden Klärung» im Sinne der Rechtsprechung des EGMR gesprochen werden kann. Zum anderen ist anzuzweifeln, ob das geltende Recht eine solche Auslegung überhaupt zulassen würde. Der Gesetzestext von Art. 47 Abs. 1 StGB lässt nämlich keine direkt vergleichbare Interpretation zu wie das österreichische Pendant. Im Gegensatz zu Art. 47 Abs. 1 StGB erlaubt § 32 Abs. 1 StGB/Ö nämlich eine weitere Auslegung. Da die Schuld dort lediglich «Grundlage» der Strafzumessung bildet, ist die Berücksichtigung anderer, nicht genannter Strafzwecke für die österreichische Strafzumessung nicht *per se* ausgeschlossen. Die schweizerische Bestimmung hingegen ist enger gefasst, da das Verschulden nicht nur Grundlage der Strafe ist, sondern das Gericht die Strafe *einzig* nach dem Verschulden des Täters bemisst, sofern es nicht selbst Ausnahmen davon – wie Überlegungen der Resozialisierung –

1342 EGMR, Urteil i.S. Wedenig gegen Österreich, 33448/96 vom 14. Dezember 1999, [The law, keine Ziffern angegeben].

1343 Siehe dazu EGMR, Urteil i.S. Witt gegen Deutschland, 18397/03 vom 8. Januar 2007, Ziff. 1.

1344 BGER, Urteil 6B_510/2015 vom 25. August 2015, E. 1.5 («Von diesen Strafen wäre ein nachhaltiger Warneffekt zu erwarten gewesen. Der Beschwerdeführer [...] erweist sich als unbelehrbar»).

1345 Vgl. dazu hinten I.D.2.b.

vorsieht.¹³⁴⁶ So hat auch die Entstehungsgeschichte der Bestimmungen zur Strafzumessung gezeigt, dass mit der «Wirkung der Strafe auf das Leben des Täters» die positive Spezialprävention angesprochen und damit grundsätzlich keine höheren Strafen zwecks Abschreckung mitumfasst werden sollten.

Und selbst wenn die fehlende Regelung der negativen Spezialprävention im Gesetz und dessen Entstehungsgeschichte nicht Gründe genug sein sollten, auf höhere Strafen gestützt auf den Zweck individueller Abschreckung zu verzichten, so sprechen doch die schon dargelegten empirisch-kriminologischen Untersuchungen gegen deren *pauschale* Aussprechung, da eine solche abschreckende Wirkung nicht allgemein nachgewiesen werden konnte.¹³⁴⁷ Vielmehr können höhere Strafen zwecks Abschreckung des Täters in den meisten Fällen gerade nicht zu seiner Resozialisierung beitragen, da sich, wie aufgezeigt wurde, insb. längere Freiheitsstrafen nur selten positiv auf die künftige Legalbewährung des Täters auswirken.¹³⁴⁸ Damit würde einerseits der zwingenden gesetzlichen Bestimmung hinsichtlich des Resozialisierungsgedankens von Art. 47 Abs. 1 StGB sowie andererseits dem bereits zuvor vom Bundesgericht gefassten Grundsatz des *nil nocere*¹³⁴⁹ – der schon in den Ausführungen von EMIL ZÜRCHER in den Erläuterungen zum Vorentwurf von 1908 zu finden ist, wonach eine Strafe auszusprechen sei, durch die am «ehesten eine günstige Wirkung auf [...den Täter] erwartet werden» könne¹³⁵⁰ – diametral entgegengewirkt werden. Es mag in kriminologischer Hinsicht zwar vereinzelte Fälle geben, in denen eine individuelle Abschreckung den Täter von der Begehung weiterer Delikte abzuhalten vermag, eine *pauschale* Anwendung des Strafzwecks der negativen Spezialprävention bei der Strafzumessung ist jedoch aus den genannten Gründen abzulehnen. Vielmehr müsste das Gericht im konkreten Fall nachweisen können, dass die Abschreckung des Täters ihn mit hoher Wahrscheinlichkeit von zukünftiger Delinquenz abhielte. Dies ist aber im Einzelfall oft nur schwerlich möglich. Zudem dürfte auch in einem solchen Fall keine Strafe ausgesprochen werden, die über das Mass des Verschuldens hinausgehen würde.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass das Gesetz die Berücksichtigung positiv-spezialpräventiver Zwecke bei der Festsetzung der Strafe seit der

1346 ROXIN, in: FG Schultz, 471 f.; STOECKLIN (1971), 59; vgl. auch SCHULTZ AT II⁴, 76 ff.

1347 Vgl. vorne I.B.2.b.

1348 Vgl. vorne I.B.2.b.; s.a. BRUNS/GÜNTGE³, 111; FRISCH, ZStW 1987, 365; KASPAR, in: Juristentag, C33.

1349 BGE 118 IV 337, E. 2c; 119 IV 125, E. 3c; BGer, Urteil 6S.59/2005 vom 2. Oktober 2006, E. 7.4; 6S.348/2004 vom 20. Januar 2005, E. 4.1; vgl. auch BGer, Urteil 6B_103/2007 vom 12. November 2007, E. 5.4.3; HÄRRI, ZStrR 1998, 213.

1350 Erläuterungen VE-StGB/1908, 99.

Revision des Allgemeinen Teils nun explizit und zwingend vorsieht. Bereits vor der Revision des Allgemeinen Teils gingen Teile der Lehre sowie die Rechtsprechung davon aus, dass dies in Auslegung des Wortlauts von Art. 63 StGB/1937 möglich sein musste. Auch im Gesetzgebungsprozess im Rahmen der Vorentwürfe zum Strafgesetzbuch wurde die Ansicht vertreten, dass die Verhütung weiterer Straftaten durch den Täter spezialpräventiv durch eine Strafe erfolgen müsse, durch die am ehesten eine günstige Wirkung auf den Täter erwartet werden konnte. Nicht davon erfasst sind nach vorliegender Ansicht dabei höhere Strafen, die sich auf den Strafzweck der individuellen Abschreckung und der Sicherung stützen.

Dass diese Auffassung insb. in der Praxis nicht vollumfänglich geteilt wird, werden die Ausführungen zu den einzelnen Strafzumessungskriterien zeigen, namentlich hinsichtlich des *Vorlebens* des Täters. Bei diesem Zumesungskriterium werden oftmals Schuld- und Präventionsgesichtspunkte miteinander vermischt, wobei bei wiederholter Tatbegehung eine höhere Strafe u.a. gestützt auf Überlegungen der individuellen Abschreckung (Verpassen eines «Denkzettels» für den Täter) ausgesprochen wird.¹³⁵¹

Eine Antwort auf die Frage, in welchem *Ausmass* nun solche (spezial-)präventiven Überlegungen Eingang in die Strafzumessung finden können, haben die bisherigen Ausführungen ebenfalls noch nicht gegeben. Dies wird hinten unter I.D.2.a.a3. zu klären sein.

ii. Generalprävention

Wie sieht es des Weiteren mit Überlegungen der Generalprävention aus? Dürfen sie in die Strafzumessung i.e.S. miteinbezogen werden? Dies ist – wie sogleich zu zeigen sein wird – äusserst umstritten. Weitgehend einig scheinen sich die h.L. und Praxis – wie bei der Spezialprävention – immerhin dahingehend zu sein, dass es *unzulässig* ist, aufgrund generalpräventiver Überlegungen eine Strafe *über* das Mass der konkreten Schuld hinaus zu erhöhen.¹³⁵² Doch wie steht es mit der Zulässigkeit der Berücksichtigung generalpräventiver Überlegungen *unterhalb* des Höchstmasses der konkreten Schuld? Zur Beantwortung dieser Frage gilt es auch hier die negative von der positiven Generalprävention

1351 Vgl. dazu eingehend hinten I.D.2.b.a2.i.

1352 BGE 134 IV 60, E. 7.3.2 («Es ist nicht zulässig, über die nach dem Tatschuldprinzip bemessene Strafe aus Gründen der Generalprävention hinauszugehen [...]»); 118 IV 342, E. 2g; BGer, Urteil 6S.385/2001 vom 28. August 2001, E. 2c/ee; P. ALBRECHT, SJZ 1983, 265; DERS., ZStrR 2013, 395; DUBS, in: FG SJ, 19; HUTH, ZStrR 1942, 62; NAY, ZStrR 1994, 182; PIGNAT/KUHN, ZStrR 2004, 256; SCHWANDER², Rz. 429; STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 70, 74; StGB PK⁴-TRECHSEL/M. SEELMANN, Art. 47 N 12; HK StGB⁴-WOHLERS, Art. 47 N 23; vgl. auch MK⁴-MAIER, § 46 N 49; NEUMANN, in: Kindhäuser et al., 266; SCHULTZ AT II⁴, 76; anders aber wohl PETRZILKA (1942), 89.

zu unterscheiden, da sich daraus möglicherweise – wie bei der Spezialprävention – unterschiedliche Schlussfolgerungen ableiten lassen.

Wie bereits ausgeführt wurde, hat die negative Generalprävention zum Ziel, die *Allgemeinheit* von der Begehung zukünftiger Straftaten *abzuschrecken*.¹³⁵³ Eine solche Funktion sollen gemäss Praxis und Lehre im Grunde schon die *Strafandrohungen* der Tatbestände im Besonderen Teil des Strafgesetzbuchs – insb. bei Tatbeständen mit hohen Mindeststrafen – übernehmen.¹³⁵⁴ Dieses Ziel wurde so auch in den Erläuterungen des Vorentwurfs zum Strafgesetzbuch von 1908 nach der Beratung der kleinen Expertenkommission explizit festgehalten.¹³⁵⁵ Dadurch wende das Gericht sozusagen *mittelbar* generalpräventive Zwecke auf die Strafe an.¹³⁵⁶ Nach vorliegender Ansicht orientiert sich der Gesetzgeber bei der Aufstellung der Strafandrohungen jedoch *nicht nur* an der negativen Generalprävention. So spielt auch das *Schuldprinzip* eine entscheidende Rolle, da die Strafraumen grundsätzlich einem typisierten (verschuldeten) Unrecht entsprechen *sollten*.¹³⁵⁷ Zu Recht wird jedoch kritisiert, dass *Mindeststrafandrohungen* damit grundsätzlich nicht vereinbar sind, ist es doch schwerlich möglich, losgelöst vom konkreten Fall im Voraus zu bestimmen, ein bestimmtes Delikt enthalte – ohne Einbezug von Strafmilderungsgründen – prinzipiell ein gewisses Mindestverschuldensmass.¹³⁵⁸ In der Lehre wird daher nicht ohne Grund vorgeschlagen, dass eine typisierte Tat- resp. Verschuldensschwere vermehrt (allein) durch eine entsprechende gesetzliche Höchststrafe festgelegt werden könnte¹³⁵⁹ oder eine Mindeststrafe nur dann festzuschreiben sei, wenn auch die Höchststrafe eine gewisse Schwelle überschreite, nicht jedoch bei Delikten, die eine «tiefe» Höchststrafe (von maximal fünf Jahren) vorsehen würden.¹³⁶⁰ Hohe Mindeststrafen

1353 Vgl. vorne I.B.2.c.

1354 BGE 94 IV 107, E. 7 («Die relativ scharfe Strafandrohung für Warenfälschung trägt dem Rechnung und enthält offensichtlich ein Moment der Generalprävention [...]»); JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 121.

1355 Erläuterungen VE-StGB/1908, 98 («Diese Strafandrohungen sollen hauptsächlich der Generalprävention dienen, sie sollen durch die Androhung wirken, abhaltende Motive schaffen und müssen deshalb in ein gewisses Verhältnis zu dem zu schützenden Rechtsgut gesetzt werden.»).

1356 P. ALBRECHT, ZStrR 1991, 56.

1357 Vgl. Erläuterungen VE-StGB/1908, 98; so auch ZIPF (1977), 47.

1358 BOMMER, *ContraLegem* 2019/2, 35 ff. («Es existiert keine ‹prästabilisierte Harmonie› zwischen einer Mindeststrafe und der im Einzelfall angemessenen Strafe [...]»); vgl. auch SIMMLER/WEDER, ZStrR 2019, 2018.

1359 M. SEELMANN/WIPRÄCHTIGER, AJP 2018, 746; vgl. auch BOMMER, *ContraLegem* 2019/2, 37.

1360 BOMMER, *ContraLegem* 2019/2, 37; z. B. bei der qualifizierten Sachbeschädigung nach Art. 144 Abs. 3 StGB mit einer angedrohten Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu fünf Jahren Freiheitsentzug.

dürften mithin eher generalpräventiven Überlegungen entspringen, wobei es sich wohl neben dem Zweck der Abschreckung auch um das positive Merkmal des Aufzeigens des Werts des jeweiligen Rechtsguts durch den Gesetzgeber handelt.¹³⁶¹ Würde sich der Gesetzgeber nämlich diesbezüglich nur auf den Strafzweck der allgemeinen Abschreckung abstützen, müsste er höhere Strafrahmen (und auch höhere Mindeststrafen) wohl insb. bei denjenigen Delikten einführen, die vergleichsweise häufig begangen werden und eine hohe Nachahmungswahrscheinlichkeit aufweisen; dies würde damit aber wohl vermehrt Tatbestände der Alltagskriminalität betreffen und dort zu vergleichsweise unverhältnismässig hohen Strafrahmen führen.¹³⁶²

Eine solche *Androhungsprävention* ist sodann nicht gleichzusetzen mit derjenigen Generalprävention, die angewendet würde, wenn für einen bestimmten Täter die Strafe zwecks Abschreckung anderer *individuell* erhöht würde (*Verhängungsprävention*).¹³⁶³ Nur die Letztere hätte nämlich einen *unmittelbaren* Bezug zur durch das Gericht vorgenommenen Strafzumessung im Einzelfall.¹³⁶⁴

In Art. 47 StGB finden sich keinerlei Anhaltspunkte, dass bei der Strafzumessung i.e.S. die negative Generalprävention im Sinne der Verhängungsprävention als Strafzumessungsgrund zu beachten wäre. Dies allein muss aber gemäss der Lehre noch nicht deren Unzulässigkeit bedeuten.¹³⁶⁵ So waren, wie besehen, in der Vorgängerbestimmung von Art. 47 StGB (Art. 63 StGB/1937) neben dem Grundsatz des Verschuldens *keine* weitergehenden präventiven Strafzwecküberlegungen enthalten; gleichwohl wurden bereits früh durch eine weite Interpretation des Wortlauts insb. *positiv-spezialpräventive* Grundsätze in die Bestimmung hineingelesen.¹³⁶⁶ Diese Auslegung fand breite Zustimmung in Lehre und Praxis und wurde mit der Revision des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuchs schliesslich auch in die heute geltende Gesetzesbestimmung überführt. Anders sieht es hingegen mit der Zulässigkeit individueller

1361 BOMMER, *ContraLegem* 2019/2, 37.

1362 Vgl. so etwa SCHERTENLEIB (1949), 40 («Die zunehmende Häufigkeit eines Deliktes ist [...] Strafzumessungsgrund [...]»); BRUNS, in: FS von Weber, 77; ZIPF (1977), 47.

1363 Siehe für diese Termini BRUNS/GÜNTGE³, 116; vgl. auch ZIPF (1977), 47 ff.

1364 VON FEUERBACH³, 17, ging davon aus, dass die Zufügung der Strafe die notwendige Begründung der Wirksamkeit der gesetzlichen Androhung sei («[...] ist der mittelbare Zweck [...] der Zufügung ebenfalls blosser Abschreckung durch das Gesetz»).

1365 So etwa PETRZILKA (1942), 89 («Keine Rücksichtnahme auf generalpräventive Erwägungen bei der Strafzumessung innerhalb der gesetzlichen Strafrahmen wäre [...] im Hinblick auf die Notwendigkeit der Verbrechensbekämpfung undenkbar [...]»); SCHWANDER², Rz. 429; s.a. BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 72; vgl. zum deutschen Recht BRUNS/GÜNTGE³, 112.

1366 Vgl. vorne I.D.2.a.a2.i.

Abschreckung des Täters aus. Eine Verhängung höherer Strafen gestützt auf undifferenzierte Überlegungen der *negativen Spezialprävention* wurde im vorigen Unterkapitel abgelehnt.¹³⁶⁷ Entgegen der bundesgerichtlichen Praxis und einem Teil der Lehre ist auch von der pauschalen Berücksichtigung der *negativen Generalprävention* unterhalb des Höchstmasses der konkreten Schuld abzusehen. Dafür sprechen verschiedene Gründe:

Wie bei der negativen Spezialprävention ist auch vorliegend fraglich, ob das geltende Recht eine Auslegung zugunsten der Anwendung allgemeiner Abschreckung Dritter überhaupt zulässt. Der Gesetzestext von Art. 47 Abs. 1 StGB – und auch schon die frühere Bestimmung von Art. 63 StGB/1937 – äussert sich, wie erwähnt, weder zur positiven noch zur negativen Generalprävention. Im Gegensatz zum Strafzweck der Resozialisierung enthalten die Unterlagen zur Entstehungsgeschichte des Strafgesetzbuchs auch keine grundlegenden Hinweise auf die Anwendungsvoraussetzungen der allgemeinen Abschreckung mit Blick auf die Strafzumessung i.e.S. Eine Auslegung im Sinne einer Erweiterung des Wortlauts, wie sie bei Art. 63 StGB/1937 zur Wirkung der Strafe auf das Leben des Täters vorgenommen wurde, ist auch aufgrund der unterschiedlichen Stossrichtungen dieser zwei Präventionszwecke abzulehnen: Der Zweck der Resozialisierung (positive Spezialprävention) wirkt sich hinsichtlich der Strafhöhe grundsätzlich *zugunsten* des Täters aus.¹³⁶⁸ Die mit der negativen Generalprävention zu erreichende Abschreckung Dritter erfolgt hingegen durch eine *Straferhöhung*. Da Letztere dadurch einen *unmittelbaren* (längeren) *Freiheitsverlust* für den Täter nach sich zieht, muss für deren Anwendung eine *höhere Legitimität* vorhanden sein, als wenn sich der Präventionszweck der Resozialisierung in einer tieferen Strafe niederschlägt. Eine Auslegung zum Nachteil des Täters kann demnach nicht so einfach vorgenommen werden wie zu seinen Gunsten.¹³⁶⁹ Straferhöhungen gestützt auf negative generalpräventive Überlegungen lassen sich *de lege lata* somit nur schwerlich begründen.¹³⁷⁰

1367 Vgl. vorne I.D.2.a.a2.i.

1368 Vgl. vorne I.D.2.a.a2.i.

1369 Vgl. zu dieser Thematik KASPAR, in: Juristentag, C 28.

1370 JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 120f.; G. MAURER (1945), 33f.; ROXIN, in: FG Schultz, 472; SCHULTZ AT II⁴, 78 («[...] würde es dem geltenden Recht widersprechen [...], *Erwägungen der Generalprävention heranzuziehen, um den Spielraum auszufüllen [...]*»); STOECKLIN (1971), 59; StGB PK⁴-TRECHSEL/M. SEELMANN, Art. 47 N12; WILLISEGGER, forumpoenale 2013, 110; vgl. auch BGer, Urteil 6P.151/2000 vom 19. Dezember 2000, E. 4; SSW StGB⁵-ESCHELBACH, § 46 N 30; OFK StGB²¹-HEIMGARTNER, Art. 47 N 19; STRATEN-WERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 76; insb. ist keine vergleichbar weite Auslegung wie bei der vom EGMR begutachteten österreichischen Bestimmung von § 32 Abs. 1 StGB/Ö denkbar, vgl. dazu vorne I.D.2.a.a2.i.

Entsprechend könnte auch hier eine Straferhöhung gestützt auf Überlegungen der generellen Abschreckung Dritter eine Verletzung des Bestimmtheitsgebots gem. Art. 1 StGB bzw. Art. 7 Abs. 1 EMRK darstellen, sofern die vom Gericht vorgenommene Zumessung für den Täter nicht vorhersehbar war.¹³⁷¹ Wie besehen, hält der EGMR jedoch diesbezüglich fest, dass es ausreicht, wenn auch ein nicht gesetzlich bestimmtes Element – wie das der allgemeinen Abschreckung – zuvor durch die Rechtsprechung hinreichend geklärt wurde.¹³⁷² Wie bei der negativen Spezialprävention hat das Bundesgericht in seiner bisherigen Rechtsprechung auch hier keine grundlegenden Ausführungen vorgelegt. Die höchstrichterliche – und auch die kantonale¹³⁷³ – Rechtsprechung äussert sich zwar regelmässig dahingehend, dass bei der Strafzumessung generalpräventive Aspekte der Abschreckung berücksichtigt werden dürfen, sofern der Rahmen der schuldangemessenen Strafe nicht überschritten werde.¹³⁷⁴ Weitergehende Erklärungen, worauf sich die zumessende Instanz diesbezüglich abzustützen hat und welche Überlegungen anzustellen sind, finden sich – wenn überhaupt – nur lückenhaft.¹³⁷⁵ Ein in

1371 BGE 141 IV 279, E. 1.3.3; 138 IV 13, E. 4.1; vgl. auch BGE 119 IV 242, E. 1c; BSK StGB I4-POPP/BERKEMEIER, Art. 1 N 45 ff.; vgl. auch EGMR, Urteil i.S. Camilleri gegen Malta, 42931/10 vom 29. Mai 2013, Ziff. 35; HK EMRK⁴-MEYER-LADEWIG/HARRENDORF/KÖNIG, Art. 7 N 16; vgl. vorne I.D.2.a.a.2.i.; für die deutsche Lehre etwa M. KÖHLER (1983), 20 f.

1372 Siehe dazu EGMR, Urteil i.S. Wedenig gegen Österreich, 33448/96 vom 14. Dezember 1999 *passim*; s.a. vorne I.D.2.a.a.2.i.

1373 Vgl. etwa AppGer BS, Urteil i.S. B. und K. vom 25. September 1974, abgedruckt in: BJM 1976, 244 («Schliesslich zeigt auch die Entwicklung im Drogenmilieu, in dem die sogenannten harten Drogen wie Heroin vermehrt auftauchen, dass die in Basel bereits vor einiger Zeit eingeleitete Verschärfung der Strafpraxis gegenüber Heroinhändlern gerechtfertigt und auch aus generalpräventiven Gründen angezeigt ist [...]»); s.a. BGE 107 IV 60, E. 2c mit einem Verweis auf die Ausführungen des erstinstanzlichen Gerichts («Das Bezirksgericht, auf dessen Erwägungen die Vorinstanz verwies, hatte bei der Strafzumessung auch generalpräventive Überlegungen angestellt und unter anderem ausgeführt, dem Drogenmissbrauch als einem Grundübel unserer Zeit könne nur wirksam begegnet werden, wenn die Gerichte den ihnen vom Gesetz zur Verfügung gestellten Strafrahmen gegenüber den internationalen Grosshändlern und Transporteuren weitgehend ausschöpften [...]»); BGE 92 IV 118 (Erwägungen unnummeriert); gegen eine Berücksichtigung generalpräventiver Überlegungen jedoch OGer ZH, Urteil vom 31. März 1944, auszugsweise abgedruckt in: ZR 1944, 149 («Das Strafgesetzbuch kennt eine Strafverschärfung oder -erhöhung aus Gründen der Generalprävention nicht [...]») sowie OGer BL, Urteil vom 7. April 1992, E. 4.2 («[...] auch nicht generalpräventive Überlegungen, nachdem solche im Rahmen der individuellen Strafzumessung keinen Platz haben [...]»).

1374 BGE 118 IV 342, E. 2g; 118 IV 21, E. 2b («Enfin, des considérations de prévention générale ne sont pas exclues, à titre secondaire»); BGer, Urteil 6B_510/2013 vom 3. März 2014, E. 4.4 («Dabei darf die Vorinstanz Aspekte der Generalprävention berücksichtigen, soweit sie den Rahmen der schuldangemessenen Strafe nicht überschreitet [...]»); 6B_584/2009 vom 28. Januar 2010, E. 2.4; 6B_366/2007 vom 17. März 2008, E. 7.3.2; s. für die Lehre NAY, ZStrR 1994, 182.

1375 Vgl. KILLIAS et al.², Rz. 1218.

dieser Hinsicht anschauliches Beispiel bietet ein Fall, in dem die Vorinstanz bei der Strafzumessung den Umstand straf erhöhend berücksichtigte, dass die Täter als sog. «Kriminaltouristen» einzig zum Zweck der Verübung von Einbruchdiebstählen eingereist seien. Das Bundesgericht stützte die Anwendung des Strafzwecks der negativen Generalprävention, ohne jedoch vertieft darauf einzugehen. Es wiederholte lediglich den bereits aus einer Vielzahl früherer Entscheide bekannten Satz, dass das Gericht Aspekte der Generalprävention berücksichtigen dürfe, «soweit [das Gericht] den Rahmen der schuldangemessenen Strafe nicht überschreitet.»¹³⁷⁶ In einem weiteren Fall von «Kriminaltouristen» hatte das Obergericht des Kantons Zürich das Strafmass aus generalpräventiven Überlegungen (Abschreckung zukünftiger «Kriminaltouristen») deutlich erhöht, was durch die bundesgerichtliche Rechtsprechung im Ergebnis ebenfalls geschützt wurde. Das Bundesgericht begründete jedoch die generalpräventive Strafmasserhöhung merkwürdigerweise durch Ausführungen zur Spezialprävention: «Damit schöpft [die Vorinstanz] das ihr zustehende weite Ermessen aus. Das Urteil enthält offenkundig eine generalpräventiv ausgerichtete Komponente [...] angesichts der Tatsache, dass zur Begehung von Einbruchdiebstählen in die Schweiz eingereiste Täter sich offenkundig von der schweizerischen Strafjustiz nicht beeindrucken lassen. Die Vorinstanz reagiert darauf im begründeten Fall des unbelehrbaren Wiederholungstäters im Rahmen des ihr zustehenden Ermessens in legitimer Weise mit einer deutlichen Erhöhung des Strafmasses.»¹³⁷⁷

Ebenfalls keine grundlegenden Ausführungen finden sich überdies in einem bundesgerichtlichen Entscheid aus dem Jahre 2010: «Bei der Strafzumessung wegen Gewaltdelikten auch von noch jungen Straftätern sind gerade in der heutigen Zeit ebenfalls Überlegungen zur Generalprävention nötig. Die Vorinstanz hat dem nicht Rechnung getragen und auch deshalb den zur Verfügung stehenden Strafrahmen zu wenig ausgeschöpft.»¹³⁷⁸ Was für Überlegungen hier genau gefordert wären, führt das Bundesgericht allerdings nicht aus; ebenso wenig, was mit der «heutigen Zeit» gemeint sein soll. Diese Rechtsprechung wird noch undurchsichtiger, wenn das Bundesgericht in einem späteren Entscheid genau das Gegenteil postuliert: «Da Straftaten junger Menschen regelmässig nicht nüchtern kalkulierend begangen werden, wirkt eine Abschreckung im Sinne negativer Generalprävention gerade bei jungen Menschen in der Regel nicht.»¹³⁷⁹ In diesem Entscheid lieferte das Bundesgericht

1376 BGer, Urteil 6B_510/2013 vom 3. März 2014, E. 4.4; vgl. auch BGE 143 IV 145, E. 8.3.2.

1377 BGer, Urteil 6B_510/2015 vom 25. August 2015, E. 1.5

1378 BGer, Urteil 6B_584/2009 vom 28. Januar 2010, E. 2.4.

1379 BGer, Urteil 6B_627/2018 vom 22. März 2019, E. 1.7.

jedoch immerhin eine Erklärung, warum der Strafzweck *nicht* anzuwenden sei und verwies auch auf den gewichtigeren, nun gesetzlich geregelten Strafzweck der Resozialisierung.¹³⁸⁰ Wie bei der negativen Spezialprävention fehlt nach vorliegender Ansicht somit auch bei der negativen Generalprävention eine hinreichende Klärung des Anwendungsbereichs sowie der Anwendungsvoraussetzungen im Lichte von Art. 1 StGB bzw. Art. 7 Abs. 1 EMRK.

Neben der Ablehnung der Anwendung dieses Strafzwecks gestützt auf Art. 47 StGB und die diesbezüglich unklare Rechtsprechung wird in der Lehre sodann zu Recht vorgebracht, dass der Strafzweck der Generalprävention nur auf die Tatbereitschaft Dritter abstellt und daher gar keinen Einzelfall betreffen kann.¹³⁸¹ Durch Aussprechen einer (höheren) Strafe zwecks Abschreckung Dritter wird am Täter lediglich ein Exempel statuiert, wodurch er zum *reinen Objekt* des staatlichen Verfahrens verkommt; er wird für die mögliche Verbrechenneigung *anderer* Personen bestraft, die er selbst nicht zu verantworten hat.¹³⁸² Diese Instrumentalisierung des Täters hat, wie besehen, bereits KANT als Verstoss gegen die Menschenwürde kritisiert: «[...] der Mensch kann nie bloss als Mittel zu den Absichten eines anderen gehandhabt und unter die Gegenstände des Sachenrechts gemengt werden».¹³⁸³

Neben Gründen der Instrumentalisierung des Einzelnen sprechen zudem auch hier Umstände der kriminologischen Wirksamkeit dagegen. Für die Rechtfertigung der Anwendung generalpräventiver Abschreckung wird – wie

1380 BGER, Urteil 6B_627/2018 vom 22. März 2019, E. 1.7 («Eine *richtige* Sanktionierung junger Menschen muss den Fokus auch auf die *Wirkung der Strafe auf das Leben des Täters* [Art. 47 Abs. 1 StGB] richten»).

1381 EGE, Contra Legem 2019/2, 44; JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 120 f.; STRATEN-WERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 76, die festhalten, dass sich die Generalprävention immer auf eine bestimmte Art von Delikten beziehen müsse; BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 57; s.a. Bericht VE-StGB/1987, 1118; PALLIN (1982), Rz. 86, dem gemäss Generalprävention sich so zwar in jedem abgeurteilten Einzelfall findet, sie aber in den Aufgabenbereich des Gesetzgebers und nicht den Anwendungsbereich des Gerichts gehöre.

1382 BRUNS, in: FS von Weber, 89 f.; CALLIESS, in: FS Müller-Dietz, 112; DUBS, ZStW 1982, 166; ERBER-SCHROPP (2016), 47; SSW StGB⁵-ESCHELBACH, § 46 N 30; JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 120 f.; M. KÖHLER (1997), 42 («Das *Subjekt* ist die Gesellschaft, der einzelne wird zum Objekt [...]»); 45; NIGGLI/MAEDER, in: MH Hurtado Pozo, 303 f.; REHBERG⁷, 73; ROXIN, in: FG Schultz, 470; DERS., JuS 1966, 380; SCHMIDHÄUSER² (1971), 54; SCHULTZ AT II⁴, 76 («Die Generalprävention als Strafzumessungsgrund heranzuziehen lässt den Verurteilten zum Sündenbock für andere werden und missbraucht ihn als blosses Mittel [...]»); StGB PK⁴-TRECHSEL/M. SEELMANN, Art. 47 N 12; BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 57; s.a. HART-HÖNIG (1992), 49; so auch schon PFENNINGER, SJZ 1934, 213 («[...] dass es aber nicht Sache des Richters sein kann, hier gesetzesändernd einzugreifen, und dass daher Urteile, die einem Täter die bedingte Verurteilung nur deshalb verweigern, weil die Art oder die Häufigkeit eines Deliktes unbedingte Strafe erfordere, einfach gesetzeswidrig sind [...]»); vgl. auch vorne I.B.2.c.

1383 KANT, in: Königlich Preussische Akademie der Wissenschaften, § 49 E. I., 331.

bei der negativen Spezialprävention – impliziert, dass sie imstande sei, den sozialen Wandel in die gewünschte Richtung zu beeinflussen, womit ihr mithin eine *empirische Wirksamkeit* unterstellt wird.¹³⁸⁴ Es wurde diesbezüglich jedoch dargelegt, dass weder eine generelle Abschreckungswirkung höherer Strafen noch eine erhöhte Normbestätigungswirkung solcher Rechtsfolgen erwiesen sind; bestenfalls können sie als ungeklärt bezeichnet werden.¹³⁸⁵ Zusätzlich zu den Problemen, die bereits bei der Abschreckungswirkung der negativen Spezialprävention beleuchtet wurden, kommen bei der Abschreckung Dritter noch weitere Erschwernisse hinzu. Exemplarisch sei die folgende Schwierigkeit genannt: Um dem Strafzweck der Generalprävention überhaupt Wirkung verleihen zu können, muss eine Strafmassentscheidung den jeweiligen Adressaten, d.h. Dritten, überhaupt erst vermittelt werden können. Ohne Kenntnis der verhängten Strafe ist eine Motivierbarkeit der Adressaten zu normgemäßem Handeln nämlich von vornherein ausgeschlossen.¹³⁸⁶ Zweifel bestehen nun allerdings schon an der Publikationswirkung von Strafurteilen. Diese erreichen die Adressaten – anders als bei der Spezialprävention, die dem jeweiligen Täter unmittelbar vermittelt wird – in der heutigen Zeit insb. über Kanäle der Massenmedien, welche jedoch kein repräsentatives Bild der alltäglichen Strafgerichtspraxis vermitteln.¹³⁸⁷ Vielmehr konzentriert sich die Berichterstattung oftmals auf wenige aufsehenerregende Fälle und führt daher nicht zwingend zu einer Förderung der Transparenz des Strafzumessungsvorgangs, geschweige denn zu einer erhöhten Abschreckungswirkung.¹³⁸⁸

Spricht somit wenig für eine gewisse *Effektivität* generalpräventiver Überlegungen, führt dies auch zu einer Einbusse ihrer *Legitimität* hinsichtlich der Eingriffe in die Freiheit (oder das Vermögen) des Täters, wenn ihm gestützt

1384 HASSEMER, in: Hassemer/Lüderssen/Naucke, 33, spricht von einer «*empirischen Hypothese*».

1385 Botschaft, BBl 1999 II, 2040 («*Strafverschärfungen dürften deshalb höchstens kurze Zeit abschreckend wirken, dagegen keinen längerfristigen Einfluss auf das Legalverhalten ihrer Adressaten ausüben [...]*»); FRISCH, ZStW 1987, 365; S/S³⁰-KINZIG, § 46 N 5; ROXIN, in: FG Schultz, 472; SCHÄFER/SANDER/VAN GEMMEREN⁶, Rz. 839; HK StGB⁴-WOHLERS, Art. 47 N 23; vgl. auch vorne I.B.2.c.

1386 Vgl. dazu HASSEMER, in: Hassemer/Lüderssen/Naucke, 41 f.; HÖCHE/SCHUMANN, in: Hassemer/Lüderssen, 225.

1387 KUNZ, ZStW 2019, 552.

1388 Vgl. ZIPF (1977), 48 f.; eine Ausnahme davon ist am ehesten bei gewissen Delikten, insb. auch im Nebenstrafrecht, auszumachen, bei denen sich die Abschreckung an eine spezielle Gruppe möglicher Täter richtet, die in ihrem Berufsfeld untereinander in regem Austausch stehen und denen etwa an Tagungen usw. eine veränderte Rechtsprechung vermittelt wird (zu denken wäre etwa an Berufsgruppen, die sich mit kapitalmarktrechtlichen Fragen beschäftigen, im Energiesektor arbeiten oder im Lebensmittelvertrieb tätig sind), s. dazu HASSEMER, in: Hassemer/Lüderssen/Naucke, 43 f.

darauf höhere Strafen auferlegt werden.¹³⁸⁹ Überdies gilt es auch bei diesem Strafzweck festzuhalten, dass sich höhere Strafen zwecks Abschreckung Dritter kontraproduktiv auf die künftige Legalbewährung des Täters selbst auswirken.¹³⁹⁰ Damit würde auch hier der zwingenden gesetzlichen Bestimmung hinsichtlich des Resozialisierungsgedankens von Art. 47 Abs. 1 StGB sowie dem Grundsatz des *nil nocere*¹³⁹¹ diametral entgegengewirkt werden.¹³⁹² Dies ist auch deshalb von grosser Relevanz, da das Bundesgericht selbst im Konfliktfall zwischen General- und Spezialprävention dem letzteren Strafzweck den Vorrang eingeräumt.¹³⁹³

Auch wenn hier vereinzelte Fälle möglich sein mögen, in denen eine allgemeine Abschreckung Dritter wirksam sein mag, so ist eine *undifferenzierte* Anwendung des Strafzwecks der negativen Generalprävention bei der Strafzumessung aus den genannten Gründen ebenso abzulehnen wie bei der individuellen Abschreckung.¹³⁹⁴ Gestützt auf die gleichen Überlegungen ist auch eine von einem Teil der Lehre¹³⁹⁵ vorgeschlagene allgemeine Straferhöhung für bestimmte – besonders häufige und «gefährliche» – Taten aus generalpräventiven Gründen innerhalb des gesetzlichen Strafrahmens zu verwerfen. Eine solche allgemeine Erhöhung des Strafniveaus im Sinne einer grundsätzlichen (Neu-)Bewertung der Rechtsgüter müsste – wovon jedoch nur in gut begründeten Fällen Gebrauch zu machen wäre – durch den Gesetzgeber vorgenommen werden.¹³⁹⁶

Die gleichen Argumente – seien sie dogmatische oder empirische Legitimationsprobleme – könnten nun auch *unisono* gegen die Anwendung der *positiven* Generalprävention ins Feld geführt werden. Wie allerdings zu zeigen sein wird, werden bei näherer Betrachtung einige Unterschiede sichtbar, die nicht zwingend zum gleichen Ergebnis wie beim Strafzweck der allgemeinen Abschreckung führen müssen.

Wie ausgeführt wurde, bezweckt die positive Generalprävention, die Allgemeinheit in ihrem Rechtsbewusstsein sowie den Geltungsanspruch der

1389 Vgl. HASSEMER, in: Hassemer/Lüderssen/Naucke, 39.

1390 Vgl. vorne I.D.2.a.a2.i.

1391 BGE 119 IV 125, E. 3c; 118 IV 337, E. 2c; BGer, Urteil 6S.59/2005 vom 2. Oktober 2006, E. 7.4; 6S.348/2004 vom 20. Januar 2005, E. 4.1; vgl. auch BGer, Urteil 6B_103/2007 vom 12. November 2007, E. 5.4.3; HÄRRI, ZStrR 1998, 213

1392 Vgl. vorne I.D.2.a.a2.i.

1393 BGE 134 IV 1, E. 5.4.1; 124 IV 246, E. 2b; 120 IV 1, E. 2b; s. sodann hinten I.D.2.a.a2. m.w.H.

1394 Vgl. HASSEMER, in: Hassemer/Lüderssen/Naucke, 39.

1395 GISEL-BUGNION (1978), 204; REHBERG⁷, 73 f.; s. für die deutsche Lehre zu dieser sog. «*Verbreitungsgefahr*» BRUNS/GÜNTGE³, 117 f.

1396 Vgl. auch DUBS, FG SJ, 19 f.

strafrechtlich geschützten Norm selbst zu stärken.¹³⁹⁷ Das Bundesgericht hat sich zu ihr – soweit ersichtlich – ebenfalls nicht eingehend geäußert.¹³⁹⁸ Einer der wenigen Fälle, in dessen Zusammenhang dieser Strafzweck explizit erwähnt wurde, ist derjenige des Strafbefreiungsgrunds der Wiedergutmachung hinsichtlich der Geringfügigkeit des Strafverfolgungsinteresses (Art. 53 lit. b StGB). Dort hielt die höchstrichterliche Rechtsprechung fest, dass es Aufgabe der positiven Generalprävention sei, «das Vertrauen der Allgemeinheit in das Recht» zu stärken.¹³⁹⁹ Diese Normbegründungswirkung wird durch das Bundesgericht wohl auch angesprochen, wenn es in anderen Entscheiden festhält, dass generalpräventiven Überlegungen bei der Gewichtung des das Verschulden bestimmenden gesamten Unrechts- und Schuldgehalts der konkreten Straftat grundsätzlich in dem Sinne Rechnung zu tragen sei, dass die Strafe geeignet sein müsse, die *Allgemeinheit zu veranlassen, sich an die Strafrechtsnormen zu halten*, und so zur Verbrechensverhütung beitrage.¹⁴⁰⁰

Bedenken bestehen zunächst auch bei der positiven Generalprävention insofern, als der Täter zu Präventionszwecken instrumentalisiert wird. Zwar wird er für die zukünftigen Adressaten der Strafe nicht als Abschreckung für eine Kosten-Nutzen-Analyse herhalten müssen, gleichwohl bleibt der Täter aber ein Demonstrationsobjekt zwecks Normstabilisierung.¹⁴⁰¹ Auch finden sich im Wortlaut von Art. 47 StGB keine Anhaltspunkte, dass bei der Strafzumessung Überlegungen hinsichtlich einer solchen Normbegründungswirkung miteinzubeziehen wären. Doch bedeutet dies nun, dass die positive Generalprävention – wie die negative Generalprävention – keine Berücksichtigung bei der Strafzumessung i.e.S. finden darf? Um diese Fragen beantworten zu können, gilt es in einem ersten Schritt klarzustellen, wie sie sich überhaupt auf die Strafhöhe im Einzelfall auswirken würde. So will die positive Generalprävention

1397 Vgl. vorne I.B.2.c.

1398 Vgl. KILLIAS et al.², Rz. 1218.

1399 BGE 135 IV 12, E. 3.4.3 («Aus Sicht der positiven Generalprävention kann das Vertrauen der Allgemeinheit in das Recht gestärkt werden, wenn festgestellt wird, dass auch der Täter den Normbruch anerkennt und sich bemüht, den Rechtsfrieden wiederherzustellen [...]»); BGer, Urteil 6B_344/2013 vom 19. Juli 2013, E. 4.3; 6B_558/2009 vom 26. Oktober 2009, E. 2.1.2; nicht von einer Strafe abgesehen wurde etwa in BGer, Urteil 6B_533/2019 vom 3. Juli 2019, E. 3.2, mit der Begründung, dass eindeutig ein öffentliches Interesse daran bestehe, dass die Verwendung von Blankwaffen im Kampf nicht ungestraft bleibe («Par ailleurs, sur le plan de la prévention générale, il existe manifestement un intérêt public à ne pas laisser impuni l'usage d'armes blanches lors de bagarre. La cour cantonale n'a donc pas violé l'art. 53 CP en refusant d'exempter le recourant de toute peine»).

1400 BGE 118 IV 342, E. 2g; vgl. auch REHBERG⁷, 73; SCHULTZ, ZBJV 1993, 610.

1401 CALLIESS, in: FS Müller-Dietz, 110; ERBER-SCHROPP (2016), 49 f.; HART-HÖNIG (1992), 51; HÖRNLE, in: von Hirsch/Neumann/K. Seelmann, 22; NIGGLI/MAEDER, in: MH Hurtado Pozo, 307; vgl. vorne I.B.2.c.

mit der angestrebten Normstabilisierung bewirken, dass der Rechtsfrieden in der Gesellschaft nach der Tat wiederhergestellt wird.¹⁴⁰² Dieses Ziel wird insb. dann erreicht, wenn die ausgesprochene Strafe von den Adressaten als *gerecht und fair* empfunden wird.¹⁴⁰³ Ist dies im Verhältnis zur reinen Schuldstrafe nun besser mit einer Straferhöhung zu erreichen oder ist hierfür eher eine verminderte Strafe angebracht?

Wie dargelegt wurde, haben verschiedene Studien aufgezeigt, dass ein normstabilisierender Effekt die Bevölkerung schon bei Strafen an der *unteren Grenze* der möglichen Schwere skala (der noch schuldangemessenen Strafe) erreicht und eine Erhöhung des Strafmasses zu *keiner Steigerung* der präventiven Ansprechbarkeit führt.¹⁴⁰⁴ Dies bedeutet nun, dass grundsätzlich die geringstmögliche, noch schuldangemessene Strafe bereits ausreicht, um die Geltung der durch den Täter verletzten Norm zu bekräftigen und einen Beitrag zur Stabilisierung des allgemeinen Rechtsbewusstseins zu leisten. Auch in einem Teil der Lehre wird die Ansicht vertreten, dass die positive Generalprävention als Strafzweck bei der Strafzumessung i.e.S. insofern zuzulassen sei, als es sich um die «ausgleichende Generalprävention der Schuldstrafe» handelt.¹⁴⁰⁵ Eine solche «Synthese von absolutem und relativem Denken»¹⁴⁰⁶, also eine Verbindung zwischen der Schuldstrafe und der positiven Generalprävention, hat einen beträchtlichen Vorteil: Wenn nämlich eine Strafe ausgesprochen wird, die sich an der unteren Grenze derjenigen Strafen befindet, die noch schuldangemessen sind, entfällt ein Grossteil der bereits dargelegten Einwände, welche gegen die negative Generalprävention ins Feld geführt werden können. Zum einen führt sie zu keiner Straferhöhung und damit auch

1402 KASPAR, in: Juristentag, C 25; vgl. auch FRISCH, in: Kindhäuser et al., 650, 663 ff.; HÖRNLE², 28.

1403 ERBER-SCHROPP (2016), 51; ROXIN, in: FG Schultz, 467; vgl. auch SPYCHER (2013), 155 f.; s.a. vorne I.B.2.c.

1404 SCHÖCH, in: FS Jescheck, 1104 f.; SINGELNSTEIN/KUNZ⁸, § 20 N 17; vgl. auch BOMMER/STRATENWERTH, in: FS Wiprächtiger, 20; HÄRRI, ZStrR 1998, 216; STRENG, in: FS Müller-Dietz, 893, 895 f.; zu harte Strafen können sogar das Gegenteil bewirken und zu sozialem Unfrieden führen, s. K. SEELMANN, ZStW 1989, 344; auch ist die Bevölkerung weniger punitiv, als man aufgrund medialer und politisch motivierter Aussagen anzunehmen verleitet ist, vgl. dazu KUHN, in: Heer, 267 ff.; DERS., in: KUHN/SCHWARZENEGGER/VUILLE, 47 ff.; KUHN/VUILLE (2010), 93 ff.; SIMMLER et al., SZK 2/2017, 5 ff.; M. SEELMANN/WIPRÄCHTIGER, AJP 2018, 738 Fn. 38 m.w.H.; vgl. auch vorne I.B.2.c.

1405 ROXIN, in: FG Schultz, 467, 470, 480 («*Generalpräventives Optimum*») als «*verdiente Schuldstrafe* [...]»); FRISCH, in: Frisch, 20 («*Auch die Schuldstrafe erfüllt präventive Bedürfnisse. [...] die Schuldstrafe [erfüllt] regelmässig die Bedürfnisse der positiven Generalprävention – und zwar wohl am besten [...]*»); vgl. auch SCHÖNEBORN, GA 1975, 277; für die ebenfalls bereits erwähnte «retributive Generalprävention» vgl. ANDRISSEK (2017), 86, 148, 237; WALTER, JZ 2019, 654 ff.

1406 KASPAR, in: Juristentag, C 25.

zu einem weniger ausgeprägten Widerspruch mit dem positiv-spezialpräventiven Ziel der Resozialisierung und dem vom Bundesgericht gefassten Grundsatz des *nil nocere* (was bei einem allfälligen Konflikt zwischen diesen Strafzwecken zu beachten ist, wird noch eingehender zu behandeln sein).^{1407,1408} Zum anderen würde durch die fehlende Straferhöhung auch nicht das Bestimmtheitsgebot gem. Art. 1 StGB verletzt. Was bleibt, ist auf den ersten Blick aber die Problematik, dass der Täter weiterhin als reines Objekt behandelt wird, da er zwar nicht zur Abschreckung Dritter bestraft wird, gleichwohl aber ein Strafübel erleiden muss, *um* die Gesellschaft zur Rechtstreue zu motivieren. Doch im Gegensatz zur negativen Generalprävention lässt sich auch hier zugunsten der Normstabilisierung argumentieren: Wenn die Strafe zwecks Erreichung ihrer erwarteten Wirkung nicht über das Mindestmass der schuldgerechten Strafe erhöht werden muss, so wird der Täter nicht mehr belastet, als ihm ohnehin durch die Schuldstrafe aufgebürdet würde. Die Wechselwirkung zwischen gerade noch schuldangemessener Strafe und ausreichender Normbestätigung führt somit dazu, dass eine Instrumentalisierung des Täters in Bezug auf ein *zusätzliches Strafübel*, das sich rein auf eine erwünschte Drittwirkung stützt, vermieden werden kann.

Bei der positiven Generalprävention kommen wir mithin zum Ergebnis, dass diese sich grundsätzlich als Strafzweck – trotz fehlender expliziter Nennung – in das Gefüge von Art. 47 StGB integrieren lässt. Durch ihre Normbegräftigungswirkung und das damit einhergehende Ziel der Verbrechensverhütung entspricht sie denn auch der staatlichen Aufgabe des Rechtsgüterschutzes, die durch die «reine» Schuldstrafe so nicht erreicht werden kann. Wie aufgezeigt wurde, kann aber die positive Generalprävention gleichwohl nicht unabhängig vom Verschulden des Täters für die Strafhöhenbestimmung zur Anwendung gelangen. Ihr muss vielmehr schon Genüge getan sein, wenn eine Strafe am unteren Rand des durch das Verschulden des Täters bestimmten Strafrahmens ausgesprochen wird, da dadurch gleichzeitig ein ausreichendes Mindestmass an Normbegräftigung gegenüber der Gesellschaft erfolgt.¹⁴⁰⁹ Diese Überlegung, dass bereits eine mildere Strafe (positiv) generalpräventive Wirksamkeit entfaltet, widerspricht auch nicht den Ausführungen des Bundesgerichts: Zwar äusserte sich die höchstrichterliche Rechtsprechung

1407 Vgl. hinten I.D.2.a.a3.

1408 Vgl. BGE 119 IV 125, E. 3c; 118 IV 337, E. 2c; BGer, Urteil 6S.59/2005 vom 2. Oktober 2006, E. 7.4; 6S.348/2004 vom 20. Januar 2005, E. 4.1; vgl. auch BGer, Urteil 6B_103/2007, Urteil vom 12. November 2007, E. 5.4.3.

1409 Vgl. ROXIN, in: FG Schultz, 478; SCHÖCH, in: FS Jescheck, 1104 f.; HÄRRI, ZStrR 1998, 216; KAENEL (1981), 139, geht sogar so weit, dass die Generalprävention schon genügend berücksichtigt werde, wenn (irgend-)eine Strafe innerhalb des gesetzlichen Strafrahmens verhängt werde.

nicht unmittelbar zu dieser Frage, sondern griff sie lediglich im Rahmen der Beziehung zwischen der Spezial- und der Generalprävention auf. Gleichwohl ist ersichtlich, dass das Bundesgericht eine Normstabilisierung auch bei einer tieferen Strafe erkennt, wenn es festhält, dass «die Bevorzugung der Spezialprävention [...] die generalpräventiven Wirkungen einer Sanktion nicht ausschliesst, sondern höchstens in einer schwer messbaren Weise abschwächt; denn auch eine mildere Sanktion wirkt generalpräventiv».¹⁴¹⁰

Zusammenfassend lässt sich zum Strafzweck der Generalprävention festhalten, dass Art. 47 StGB weder die negative noch die positive Generalprävention als Strafzumessungszweck für die Strafzumessung i.e.S. vorsieht. Insbesondere die negative Generalprävention kann *de lege lata* weder hinreichend rechtsdogmatisch noch hinsichtlich ihrer kriminalpolitischen Zweckmässigkeit begründet werden, auch wenn in Bezug auf Letztere nicht auszuschliessen ist, dass generelle Abschreckung in gewissen Einzelfällen eine Wirkung erzielen kann. Grundsätzlich würden sich die gleichen Probleme bei der positiven Generalprävention stellen; da dort jedoch nach vorliegender Ansicht bereits eine Sanktion am unteren Rand des noch schuldangemessenen Strafrahmens zur Wiederherstellung des Rechtsfriedens in der Gesellschaft ausreicht, wird dieser Strafzweck für die Strafzumessung i.e.S. nicht verworfen. Nichtsdestoweniger ist hier nochmals darauf hinzuweisen, dass die genauen kriminologischen Auswirkungen der Generalprävention bis heute noch nicht zufriedenstellend erforscht werden konnten.

iii. Zwischenbemerkung

Das Ziel der bisherigen Ausführungen lag insb. in der Stärkung des Bewusstseins, bei der Strafzumessung nicht unüberlegt Straferhöhungen gestützt auf eine pauschale Anwendung der Strafzwecke der negativen Spezial- sowie Generalprävention zu fordern. Es wäre äusserst wünschenswert, wenn bei Urteilsberatungen darüber diskutiert würde, welche präventiven Zwecke und Anliegen in welchem Ausmass überhaupt berücksichtigt werden dürfen. Zudem werden – neben fehlenden dogmatischen Bedenken – oftmals auch Überlegungen zu Prognosen oder zur Wirksamkeit präventiver Instrumente auf (fiktive) Alltagstheorien ohne empirische Daten gestützt und präventive Ziele relativ unreflektiert verfolgt.¹⁴¹¹

1410 BGE 124 IV 246, E. 2b; 120 IV 1, E. 2b; vgl. auch BGE 134 IV 1, E. 5.4.1; 129 IV 161, E. 4.2; BGer, Urteil 6B_328/2007 vom 6. Februar 2008, E. 6.4.1; 6B_214/2007 vom 13. November 2007, E. 5.10.2; 6S_394/2001 vom 27. Februar 2003, E. 4.2.

1411 HÖCHE/SCHUMANN, in: Hassemer/Lüderssen, 221, reden von einer Diskussion, die «*absolut empiriefeindlich geführt*» werde; vgl. auch P. ALBRECHT, ZStrR 1991, 56; STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 76; HK StGB⁴-WOHLERS, Art. 47 N 23.

Es wurde nun eingehend dargelegt, *welche* Strafzwecke neben dem Verschulden Eingang in die Strafzumessung i.e.S. finden können resp. (nicht) finden sollten. *Inwiefern* aber spezial- und generalpräventive Überlegungen neben dem Verschulden einfließen können – auch in Bezug auf die rein praktische Vorgehensweise des Gerichts – und wie sie im Falle eines Widerspruchs gegeneinander abzuwägen sind, gilt es unter dem folgenden Punkt zu eruieren. Zwar war bereits die Rede von einem *noch* schuldangemessenen Strafraumen bzw. einem Schuldrahmen, was dies aber im Detail bedeutet und ob diese Vorgehensweise die einzige Möglichkeit der praktischen Zusammenführung von Verschulden und Prävention ist, soll nachfolgend dargelegt werden.

a3. Die praktische Anwendung der finalen Strafzumessungsgründe

In den vorgehenden Ausführungen konnte festgehalten werden, *welche* finalen Strafzumessungsgründe bei der Strafzumessung i.e.S. zu beachten sind. Gestützt auf diese Erläuterungen können die mit der Strafzumessung nach Art. 47 StGB verfolgten finalen Zumessungsgründe (Schuld, positive Spezial- und Generalprävention) im Sinne der Vereinigungstheorien verstanden werden, wonach die Sanktion dazu dient, durch eine schuldangemessene Reaktion auf das begangene Delikt zukünftige Taten zu verhindern.¹⁴¹² Durch einen derartigen Strafzweckkompromiss kann es nun aber zu unvermeidlichen Zielkonflikten zwischen den unterschiedlichen Strafzwecken kommen. Es stellt sich daher in einem nächsten Schritt die Frage, *wie* diese – sich oftmals widersprechenden – Strafzwecke des Verschuldens und der Prävention im Rahmen der Strafzumessung im Sinne einer *Synthese* kombiniert werden können bzw. wie sie vom Gericht in den jeweiligen Entscheid einzubeziehen sind und welche Auswirkungen sie auf die am Ende auszusprechende Strafhöhe zeitigen.

Ob eine Auflösung der Antinomie der Strafzwecke im Rahmen der finalen Strafzumessungsgründe überhaupt möglich ist, lässt sich im Rahmen der folgenden Diskussion zu unterschiedlichen *Strafzumessungstheorien* darstellen. Es sollen dabei vier Theorien näher beleuchtet und die Frage beantwortet werden, ob sie auf die Bestimmungen von Art. 47 StGB anwendbar sind. Die Theorie der *Punktstrafe* (nachfolgend i.) besagt, dass die schuldgerechte Fixierung der konkreten Strafe punktgerecht vorzunehmen ist bzw. es nur eine einzige «richtige», dem Verschulden des Täters entsprechende Strafe gibt, wohingegen die *Spielraumtheorie* oder *Rahmenstrafe* (ii.) statuiert, dass die Schuld im Einzelfall einen gewissen Rahmen zulässt (z.B. 12-14 Monate), innerhalb dessen noch alle Strafen schuldgerecht wären.¹⁴¹³ Ferner gilt es die

1412 Vgl. vorne I.B.4.

1413 BRUNS/GÜNTGE³, 121.

sog. *Stellenwerttheorie* (iii.) zu berücksichtigen, nach der präventive Gesichtspunkte erst im Rahmen der Strafzumessung i.w.S. berücksichtigt werden, wohingegen die Strafzumessung i.e.S. nur unter Schuldgesichtspunkten vorzunehmen ist.¹⁴¹⁴ Schliesslich will auch die Theorie der *tatproportionalen Strafzumessung* (iv.) präventive Gesichtspunkte bei der Strafzumessung i.e.S. ausblenden und die Schwere der Tat in den Mittelpunkt stellen.¹⁴¹⁵

Je nach angewandter Theorie ist im Ergebnis eine Berücksichtigung unterschiedlicher finaler Strafzumessungsgründe (un-)möglich.

i. Theorie der Punktstrafe

Die Theorie der *Punktstrafe* besagt, dass es für eine bestimmte Tat nur eine einzige richtige Strafe geben könne, da das in der Straftat verwirklichte Verschulden nur einem *einzigen Punkt* im anzuwendenden gesetzlichen Strafrahmen entspreche.¹⁴¹⁶ Die Punktstrafe – nähme man ihre Gültigkeit an – würde durch ihre Annahme einer einzig richtigen Strafe für jeden einzelnen Fall gleich mehrere Probleme lösen: Einerseits erfülle sie die Prämisse, dass alle Strafen gerecht bzw. gleich sein sollen. Entspreche die festgesetzte Strafe nämlich exakt dem Verschulden des Täters im untersuchten Einzelfall, wäre sie *per se* «gerecht»; da jeder Täter so seine «gerechte» Strafe erhielte, würde die Punktstrafe auch für Gleichheit sorgen.¹⁴¹⁷ Des Weiteren wäre die Bestrafung auch insofern verhältnismässig, als die Strafe exakt dem Verschulden des Täters entspräche und dadurch auch im richtigen Verhältnis zum verschuldeten Unrecht stünde.¹⁴¹⁸ Durch die Punktstrafe würde auch die Grundlage für die Überprüfung der Strafzumessung durch obere Gerichte geschaffen, da es für jeden Fall genau eine einzige «richtige» Strafe gäbe.¹⁴¹⁹ Zwar räumen die Anhänger dieser Lehre ein, dass über die Strafhöhe unterschiedliche

1414 HENKEL (1969), 23, 51; HORN, in: FS Bruns, 165 ff.; TOMFORDE (1999), 119 ff.

1415 B.-D. MEIER⁵, 174.

1416 AHLERS-GRZIBEK (2003), 12; ARZT, recht 1994, Rz. 12; BERNREITER (2015), 75; DÖLLING, in: FS Schreiber, 56; GERMANIER (2019), 87; N. D. HOFFMANN (2006), 13; JEUNG (2004), 31; JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 118; A. KAUFMANN², 66; KÖBERER (1996), 52; ROXIN, in: FG Schultz, 466; SCHMIDT, SJZ 1946, 209 («Es gibt [...] innerhalb der gesetzlichen Strafrahmen für den Einzelfall keine beliebige, vom Richter nach irgendwelchen Ermessensgesichtspunkten frei zu wählende Strafgrösse, vielmehr gibt es in jedem Fall nur ein, dem Gesetz wirklich entsprechendes Strafmass [...]»); SCHAFFSTEIN, in: FS Galas, 100; SCHNELLE (1977), 89; StGB PK⁴-TRECHSEL/M. SEELMANN, Art. 47 N 7; STRATEN-WERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 67; STRENG (1984), 33; vgl. auch BRUNS, NJW 1979, 290 f.; HEINRICH (2016), 125; GRASNICK (1987), 29 ff. m.w.H.

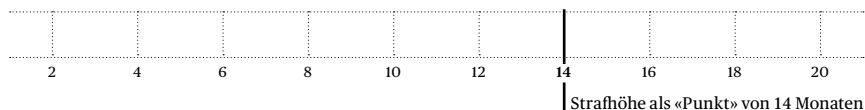
1417 KÖBERER (1996), 52.

1418 KÖBERER (1996), 52.

1419 STRENG (1984), 34; vgl. dazu auch AHLERS-GRZIBEK (2003), 12.

Meinungen bestehen können; dieses Problem liege aber nicht in der Theorie der Punktstrafe begründet, sondern vielmehr im begrenzten menschlichen Erkenntnisvermögen.¹⁴²⁰

Strafhöhenskala in Monaten Freiheitsstrafe:



So vorteilhaft diese Überlegungen in der Theorie auch sein mögen, ist das Konstrukt der Punktstrafe aus mehreren Gründen abzulehnen. Einerseits könnten bei ihrer Anwendung die übrigen anerkannten Strafzwecke nicht berücksichtigt werden.¹⁴²¹ Dies betrifft insb. spezialpräventive Überlegungen im konkreten Fall, die im einstufigen Strafzumessungsmodell der Punktstrafe, d.h. ohne Zwischenstufe der Schuldrahmenbildung, nicht korrekt vorgenommen werden könnten.¹⁴²² Ein Einbezug spezialpräventiver Strafzwecke ist jedoch seit der Revision des Allgemeinen Teils mit Art. 47 Abs. 1 StGB bereits bei der Strafzumessung i.e.S. gesetzlich vorgeschrieben.¹⁴²³ Ältere Lehrmeinungen, die sich für die Punktstrafe – und etwa gegen die Spielraumtheorie – einsetzen, stützten ihre Ansicht denn auch noch auf die Position, dass präventive Gesichtspunkte grundsätzlich keinen Eingang in die Strafzumessung i.e.S. finden dürften.¹⁴²⁴ Des Weiteren würde der Gedanke einer einzig richtigen Strafe möglicherweise dazu führen, dass die Strafzumessung des Sachgerichts vollumfänglich auch vom Bundesgericht nachgeprüft werden könnte bzw. müsste. Das Bundesgericht nimmt jedoch in erster Linie eine Rechtskontrolle

1420 HEINITZ, ZStW 1958, 5; A. KAUFMANN², 62f., 65f. («[...] und wie der Unterschied zwischen guter und schlechter Musik besteht ohne Rücksicht auf die Unmusikalischen, die ihn nicht begreifen, so ist auch die metaphysische Erkenntnis nicht deshalb unmöglich, weil es zahlreiche Menschen gibt, die sie nicht vollziehen können. [...] die Undeutlichkeit der metaphysischen Erkenntnis bedeutet nicht auch eine Undeutlichkeit des metaphysischen Gegenstandes. Daher ist es unzulässig, daraus, dass das Mass der Schuld nicht eindeutig festzustellen ist, zu schliessen, dass die Schuldstrafe überhaupt keine feste Grösse sei [...]»); vgl. auch FRISCH, ZStW 1987, 361ff.

1421 JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 118; vgl. auch ZIPF, ÖJZ, 1979, 199; s. zu den Strafzwecken vorne I.D.2.a.a1. f.

1422 BRINER (1978), 22; BRUNS, NJW 1979, 291; KÖBERER (1996), 53; ZIPF, ÖJZ, 1979, 199; zum genauen Vorgehen s. die sogleich folgenden Ausführungen; a.M. GERMANIER (2019), 88, wonach präventive Gesichtspunkte auch bei der Punktstrafe in einem zweiten Schritt berücksichtigt werden könnten, dies jedoch mithin zu einer Über- oder Unterschuldstrafe führe.

1423 Siehe dazu vorne I.D.2.a.a2.i.

1424 Vgl. etwa BRINER (1978), 45.

und keine Ermessensüberprüfung vor.¹⁴²⁵ Es entspricht der langjährigen Praxis, dass höchstrichterlich nur in die Strafzumessung der Vorinstanz eingegriffen wird, wenn diese entweder den gesetzlichen Strafraumen über- oder unterschritten hat, wenn sie von rechtlich nicht massgebenden Kriterien ausgegangen ist oder wesentliche Gesichtspunkte ausser Acht gelassen bzw. in Überschreitung oder Missbrauch ihres Ermessens falsch gewichtet hat; ein Ermessensmissbrauch kann dabei auch vorliegen, wenn eine unhaltbar hohe oder milde Strafe ausgefällt wurde.¹⁴²⁶ Wird nun aber dem Sachgericht ein solcher Ermessensspielraum die Strafhöhe betreffend zugestanden, wäre dies mit der Überzeugung, dass es für jeden Einzelfall genau eine einzige «richtige» Strafe gebe, schwer vereinbar.

ii. (Asymmetrische) Spielraumtheorie

Eine Alternative zum Konstrukt der Punktstrafe bietet die sog. *Spielraumtheorie* (auch Schuldrahmentheorie genannt). Sie besagt, dass sich aus der Schuld des Straftäters kein einzelner Punkt für eine richtige Strafe auf einer Strafskala ergebe, sondern lediglich ein der Schuld angemessener Rahmen eruiert werden könne.¹⁴²⁷ Dieser sei nach oben durch die *noch schuldangemessene* sowie nach unten durch die *schon schuldangemessene* Strafe begrenzt.¹⁴²⁸ Anders formuliert handelt es sich um einen neuen, engeren Schuldrahmen innerhalb des gesetzlich festgelegten (ordentlichen) Strafraumens des Besonderen Teils des Strafgesetzbuchs (oder der Nebengesetze). Innerhalb des so festgesetzten Schuldrahmens wären alle Strafhöhen noch schuldangemessen.¹⁴²⁹ Die konkrete Strafe innerhalb des Rahmens ergebe sich schliesslich durch Einbezug der Strafzwecke nach dem konkreten Präventionsbedürfnis

1425 N. SCHMID, ZStrR 2006, 188; BSK BGG³-SCHOTT, Art. 95 N 33; BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 236.

1426 BGE 136 IV 55, E. 5.6; 134 IV 17, E. 2.1; 129 IV 6, E. 6.1; 123 IV 49, E. 2a («*si la peine apparaît exagérément sévère ou clémente au point que l'on doit parler d'un abus du pouvoir d'appréciation [...]»*); BGer, Urteil 6B_1074/2020 vom 3. Februar 2021, E. 1.2.

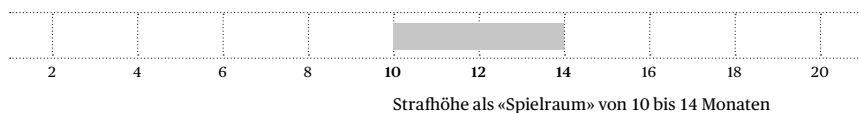
1427 AHLERS-GRZIBEK (2003), 11; ARZT, recht 1994, Rz. 12; BERNREITER (2015), 77; BRUNS, in: FS Welzel 745 f.; SSW StGB⁵-ESCHELBACH, § 46 N 6; HAUSER (1985), 21; JEUNG (2004), 29; JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 118; REHBERG⁷, 72; STOECKLIN (1971), 46; STRENG (1984), 31; Komm. Strafgesetzbuch⁴-VON HEINTSCHEL-HEINEGG, § 46 N 5.1; vgl. HK StGB⁴-WOHLERS, Art. 47 N 21.

1428 ACKERMANN/CESAROV, forumpoenale 2020, 454; DÖLLING, in: FS Schreiber, 55 f.; DERS., in: Frisch, 89; SSW StGB⁵-ESCHELBACH, § 46 N 42; HÄRRI, ZStrR 1998, 215; KÖBERER (1996), 54; LK StGB IV¹³-U. SCHNEIDER, § 46 N 49; SCHÖCH, in: Frisch, 165; STRATEN-WERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 67; TOMFORDE (1999), 113; s.a. HK StGB⁴-WOHLERS, Art. 47 N 21; BGH, Urteil 5 StR 476/54 vom 10. November 1954.

1429 BRINER (1978), 22; DREHER, JZ 1968, 211; SCHÄFER/SANDER/VAN GEMMEREN⁶, Rz. 828; LK StGB IV¹³-U. SCHNEIDER, § 46 N 49.

in Bezug auf den jeweiligen Täter.¹⁴³⁰ In Deutschland wurde die Spielraumtheorie schon relativ früh vom Bundesgerichtshof rezipiert und auch von einem Teil der Lehre übernommen.¹⁴³¹ In der schweizerischen Literatur setzte sich ARMAND VON WERDT 1956 in seiner Freiburger Dissertation als einer der ersten mit dieser Thematik auseinander. Zwar verwendete er nicht die Bezeichnung «Spielraumtheorie», jedoch führte er aus, dass «eine nach dem Täterverschulden zugemessene Strafe [...] immer einen gewissen Spielraum [gewährt], sodass bereits der Richter innerhalb der dem Verschulden angepassten Strafrahmen aus spezialpräventiven Erwägungen heraus die Strafdauer etwas verändern darf».¹⁴³² Ähnlich äusserte sich sodann WOLFGANG SCHMID 1969 in seiner Zürcher Dissertation, als er ausführte, dass «die Vergeltungsstrafe einen gewissen Rahmen der «noch» und «schon» angemessenen Vergeltung [bildet], innerhalb welchem dann die Präventionsideen verfolgt werden könnten.»¹⁴³³

Strafhöhenskala in Monaten Freiheitsstrafe:



Es erscheint auf einen ersten Blick schwer verständlich, wie mehrere unterschiedlich hohe Strafen gleichsam schuldangemessen sein können. Die Kritiker der Spielraumtheorie machen entsprechend geltend, dass bei zwei Fällen identischen Verschuldens unterschiedliche Strafen das Gebot der Rechtsgleichheit nach Art. 8 BV verletzen.¹⁴³⁴ Falls man dennoch von einem Spielraum ausginge, dürfe dieser nicht allzu weit gefasst sein, wolle man noch alle schuldangemessenen Strafen berücksichtigen.¹⁴³⁵ Dann würde sich jedoch das Problem stellen, dass der verbleibende enge Spielraum nicht ausreiche, um die Präventionszwecke zu erreichen.¹⁴³⁶ Des Weiteren sei es wohl nicht

1430 BRUNS² (1985), 105 ff.; DÖLLING, in: FS Schreiber, 56; FRISCH, in: Frisch, Überprüfung, 233; JEUNG (2004), 29; B.-D. MEIER⁵, 171; ROXIN, JuS 1966, 387; STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 67; STRENG, in: FS Müller-Dietz, 875; Komm. Strafgesetzbuch⁴-VON HEINTSCHHEL-HEINEGG, § 46 N 5.1; s.a. AHLERS-GRZIBEK, welche die durch den Rahmen abgesteckte Schuldwertung als «Zwischenstufe» auf dem Weg zum Endstrafmass bezeichnet ([2003], 11); STRENG spricht von einem «Durchgangsstadium» ([1984], 31).

1431 BGH, Urteil 5 STR 476/54 vom 10. November 1954; s. BRUNS/GÜNTGE³, 122 m.w.H.; SSW StGB⁵-ESCHELBACH, § 46 N 42.

1432 VON WERDT (1956), 72.

1433 W. SCHMID (1969), 6.

1434 TRECHSEL, in: UB, 76; StGB PK³-TRECHSEL/THOMMEN, Art. 47 N 4; vgl. auch GERMANIER (2019), 87; HEINRICH (2016), 124; VON HIRSCH/JAREBORG (1991), 23 f.

1435 HEINITZ, ZStW 1958, 5; s.a. N. D. HOFFMANN (2006), 9.

1436 HEINITZ, ZStW 1958, 5.

weniger schwierig, die genaue Breite des Schuldrahmens abzustecken, als einen genauen Punkt für eine einzig richtige Strafhöhe zu bestimmen; anstatt nur eines müsse man nun zwei Punkte fixieren.¹⁴³⁷ Schliesslich wird vorgebracht, dass durch den Spielraum der noch schuldangemessenen Strafen nur das subjektive Unvermögen zum Ausdruck komme, die richtige Strafe an einem festen Punkt des gesetzlichen Strafrahmens festzulegen bzw. gerichtlich zu überprüfen.¹⁴³⁸ GÜNTER STRATENWERTH und FELIX BOMMER bringen dies pointiert zum Ausdruck, wenn sie festhalten, dass die Spielraumtheorie nichts anderes besage, als «dass man das Strafmass aus Gründen der Prävention insoweit manipulieren darf, wie niemand in der Lage ist, einen Verstoß gegen das Schuldprinzip nachzuweisen.»¹⁴³⁹

Das Schweizerische Bundesgericht scheint sich nichtsdestoweniger zugunsten der Spielraumtheorie entschieden zu haben. Zwar äussert es sich weder explizit zum Begriff der «Punktstrafe» noch zu dem der «Spielraumtheorie», jedoch hebt es wiederholt zugunsten Letzterer hervor, dass dem Gericht bei der Gewichtung der im Rahmen der Strafzumessung zu beachtenden Umstände ein erheblicher Ermessensspielraum zustehe.¹⁴⁴⁰ In der deutschen Rechtsprechung finden sich demgegenüber eingehendere Ausführungen zugunsten der Spielraumtheorie. So hielt der Bundesgerichtshof explizit Folgendes fest: «Welche Strafe schuldangemessen ist, kann nicht genau bestimmt werden. Es besteht hier ein Spielraum, der nach unten durch die schon schuldangemessene Strafe und nach oben durch die noch schuldangemessene Strafe begrenzt wird. Der Tatrichter darf die obere Grenze nicht überschreiten. Er darf also nicht eine Strafe verhängen, die nach Höhe oder Art so schwer ist, dass sie von ihm selbst nicht mehr als schuldangemessen empfunden wird. Er darf aber nach seinem Ermessen darüber entscheiden, wie hoch er innerhalb dieses Spielraumes greifen soll.»¹⁴⁴¹ Damit teilweise übereinstimmende Ausführungen finden sich auch in der amtlichen Begründung zum Entwurf eines deutschen Strafgesetzbuches aus dem Jahre 1962.¹⁴⁴² Auch die Botschaft vom

1437 DUBS, ZStW 1982, 169; KÖBERER (1996), 55; SCHÄFER/SANDER/VANGEMMEREN⁶, Rz. 832; SCHNELLE (1977), 96.

1438 HEINITZ, ZStW 1958, 5; LK StGB I⁸-JAGUSCH, Vor § 13 A II («Unvollkommen und daher unterschiedlich ist nur unsere Tat- und Schulderkenntnis, bei welcher sich der Richter mit menschlich erreichbarer Gewissheit begnügen muss [...]»); A. KAUFMANN², 62 f., 65 f.; S/S³⁰-KINZIG, Vor §§ 38 ff. N 20; KOHLSCHÜTTER bezeichnet die Spielraumtheorie als «ein Dogma über die Freiheit der Strafzumessung von der Theorie!» ([2002], 44); STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 68; vgl. auch FRISCH, ZStW 1987, 361 ff.; STRENG, in: FS Heidelberg, 504 ff.

1439 STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 68.

1440 Siehe etwa BGE 118 IV 337, E. 2a; 134 IV 17, E. 2.1; 135 IV 130, E. 5.3.1.

1441 BGH, Urteil 5 StR 476/54 vom 10. November 1954.

1442 Begründung E-StGB/1962/D, 181.

21. September 1998 zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuchs hat sich im Sinne eines Spielraums ausgesprochen, wenn sie ausführt, dass «das vom Verschulden begrenzte Strafmass [...] nicht *ausgeschöpft* zu werden [braucht], wenn eine gelindere Strafe den Täter voraussichtlich von weiteren Straftaten abzuhalten vermag». ¹⁴⁴³ Schliesslich hat sich auch ein Grossteil der h.L. gegen die Punktstrafe und für die Spielraumtheorie entschieden. ¹⁴⁴⁴

Die Vorteile für das Konstrukt der Spielraumtheorie überwiegen auch nach vorliegender Ansicht. Ein gewichtiger Vorteil ist insb. deren Flexibilität. ¹⁴⁴⁵ Nur innerhalb eines Spielraums schuldangemessener Strafen besteht Raum für den Einbezug der bereits erwähnten ¹⁴⁴⁶ Präventionsüberlegungen im Sinne der Vereinigungstheorien. ¹⁴⁴⁷ Dass solche zwingend bei der Strafzumessung i.e.S. zu berücksichtigen sind, wurde dargelegt. ¹⁴⁴⁸ So besteht nach der h.L. die Möglichkeit, aus Resozialisierungsgründen eine Strafe am unteren Rand des Schuldrahmens festzusetzen. ¹⁴⁴⁹ Die Berücksichtigung eines solchen spezialpräventiven Strafzwecks wird denn auch von Art. 47 Abs. 1 StGB bei der Strafzumessung i.e.S. explizit vorgeschrieben (Wirkung auf das Leben des Täters). ¹⁴⁵⁰ Ginge man nun davon aus, dass ein durch das Verschulden auf der Strafskala genau festgesetzter Punkt weder über- noch unterschritten werden dürfte, würde man der gesetzlichen Strafzumessungsregelung zuwiderhandeln. ¹⁴⁵¹

Zugunsten der Spielraumtheorie kann des Weiteren ins Feld geführt werden, dass sie dem gerichtlichen Vorgang der Strafzumessung in der Praxis am ehesten entspricht. ¹⁴⁵² Nicht selten kommt bei der Urteilsfindung von Kollegialgerichten ein im Sinne der Richterinnen und Richter noch schuldangemessener

1443 Botschaft, BBl 1999 II, 2060 (Hervorhebung durch den Autor).

1444 JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 118; REHBERG⁷, 72; ROXIN, in: FG Schultz, 465; SCHULTZ AT II⁴, 77; HK StGB⁴-WOHLERS, Art. 47 N 21; so wohl auch KUHN, RJJ 2006, 241; für die deutsche Lehre vgl. BRUNS² (1985), 105 ff.; EHRHARDT (1965), 56 ff.; BKK⁷⁰-FISCHER, § 46 N 20; MONTENBRUCK (1983), 40; für die österreichische Lehre s. etwa GRASSBERGER, ÖJZ 1961, 172; ZIPF, ÖJZ, 1979, 199; a.M. GERMANIER (2019), 85 ff.; StGB PK³-TRECHSEL/THOMMEN, Art. 47 N 4.

1445 BRINER (1978), 22; SCHÄFER/SANDER/VAN GEMMEREN⁶, Rz. 832.

1446 Vgl. vorne I.D.2.a.a2.

1447 BRUNS/GÜNTGE³, 121; JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 118; M. KÖHLER (1983), 24; SCHÄFER/SANDER/VAN GEMMEREN⁶, Rz. 830.

1448 Siehe vorne I.D.2.a.a2.

1449 Vgl. BSK StGB¹⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 75 ff.; DÖLLING, in: FS Schreiber, 60.

1450 Siehe vorne I.D.2.a.a2.i.

1451 Vgl. dazu BRUNS² (1985), 105.

1452 Vgl. dazu auch die empirische Studie von FRISCH, in: FS Müller-Dietz, 877 ff., 884 («*Ansichts des aus dem Experiment ableitbaren Zwischenergebnisses, dass sich die Annahme und Darstellbarkeit eines Schuldrahmens nicht als Hirngespinnst erweist [...]»*).

Strafrahmen zur Diskussion, innerhalb dessen aufgrund von Präventionsüberlegungen sodann die konkret auszusprechende Strafe festgelegt wird. Auch wird durch das Vorhandensein eines Schulrahmens den erst- und zweitinstanzlichen Gerichten ein genügender Ermessensspielraum belassen. Des Weiteren spricht für die Anwendung der Spielraumtheorie die klare Trennung der Schuld- und der Präventionsüberlegungen, die einen Einfluss auf die Strafhöhe haben. Durch diese Trennung ist die Strafzumessung auch insofern einer verbesserten Überprüfbarkeit unterworfen, als das Gericht klar verschuldensrelevante sowie präventive Erwägungen voneinander trennen muss und fehlerhafte Überlegungen einfacher als solche erkannt werden können.¹⁴⁵³ Bei Anwendung der Theorie der Punktstrafe besteht demgegenüber die Gefahr, dass sich präventive Überlegungen quasi unter dem Deckmantel des Verschuldens in den Strafzumessungsvorgang einschleichen. Zwar werden gewisse präventive Überlegungen in der Praxis bereits im Rahmen der Festsetzung des Verschuldens berücksichtigt,¹⁴⁵⁴ jedoch bietet die Anwendung der Rahmentheorie zumindest eine bessere Gewähr dafür, dass sich das Gericht bei der Strafzumessung die unterschiedlichen Strafzwecke ins Bewusstsein ruft und in ein bestimmtes Verhältnis zueinander bringen kann. Es ist denn auch der durch die Spielraumtheorie verfolgte, lobenswerte Zweck, eine methodisch annehmbare Lösung für das Problem der Antinomie der Strafzwecke im Sinne der Vereinigungstheorien zu finden und das Problem zu entflechten, das Art. 47 StGB aufwirft, wenn sie zwar das Verschulden als Ausgangspunkt der Strafzumessung i.e.S. benennt, jedoch gleichzeitig auch (spezial-)präventive Überlegungen als beachtenswert taxiert. Dadurch wird auch garantiert, dass die Schuld im Rahmen der Strafzumessung i.e.S. ihren zwei Hauptaufgaben¹⁴⁵⁵ gerecht wird, nämlich dass sie *strafbegründend* (Schuld als Voraussetzung von Strafe) und *strafbegrenzend* (obere Grenze des Schulrahmens darf aus präventiven Überlegungen nicht überschritten werden) zu sein hat. Ob die Schuld grundsätzlich auch *strafbestimmend* sein soll, also keine Strafe unterhalb der noch schuldangemessenen Schwelle ausgesprochen werden darf, wird noch zu klären sein.¹⁴⁵⁶

Das stärkste Argument zugunsten der Spielraumtheorie ist jedoch der Umstand, dass genau *eine* dem konkreten Schuldmass entsprechende Strafe wohl nicht existiert. Die Strafe soll zwar nach der Höhe des konkreten Verschuldens zugemessen werden. Wie hoch dieses Verschulden im Einzelfall

1453 So auch KÖBERER (1996), 54; SCHAFFSTEIN, in: FS Gallas, 107f.; a.M. GERMANIER (2019), 88.

1454 Hierzu kritisch hinten I.D.2.b.

1455 Vgl. vorne I.D.2.a.a1.iv.

1456 Siehe hinten I.D.2.a.a4.

jedoch wirklich ist, kann nicht mathematisch exakt bestimmt werden, sondern ist das Ergebnis eines den gesellschaftlichen Werten entsprechenden Zuschreibungsvorganges durch Ausübung des gerichtlichen Ermessens im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben.¹⁴⁵⁷ So führte schon HANS-JÜRGEN BRUNS aus, dass «die ‹Richtigkeit› des Strafmasses [...] nicht mathematisch [...] zu verstehen [sei], sondern [...] in [...]dem Sinne rechtlicher Eindeutigkeit innerhalb eines Spielraums.»¹⁴⁵⁸ Das Argument des subjektiven Unvermögens des Menschen, das gegen die Spielraumtheorie vorgebracht wird, lässt sich insofern entkräften, als das Recht von Menschen angewendet wird und daher der Unzulänglichkeit resp. Verschiedenartigkeit menschlicher Erkenntnis- und Wertungsfähigkeit Rechnung getragen werden muss.¹⁴⁵⁹ Ein gesellschaftlicher Wertungskonsens kann mithin nicht nur einen bestimmten Punkt auf einer Skala möglicher Strafmasse treffen, sondern präsentiert sich vielmehr als breiter Wert zwischen Grenzwerten.¹⁴⁶⁰ Eine solche Begründung des Vorliegens eines Schuldrahmens, der je nach gesellschaftlichem Zeitgeist – und auch innerhalb desselben – variieren kann, setzt zudem voraus, dass die Schuldstrafe ihren alleinigen Sinn nicht in sich selber trägt, sondern gleichsam als Werkzeug zur Durchsetzung sozialpolitischer Zwecke dient. Die hier vertretene Meinung geht denn auch davon aus, dass die Strafzumessung nicht die einzige «metaphysische» Schuld, die unabhängig von menschlicher Erkenntnis bestünde,¹⁴⁶¹ zu ergründen versucht, sondern die Strafzumessung im Grund das Ziel der Sicherung der gesellschaftlichen Friedensordnung resp. den Rechtsgüterschutz bezweckt.¹⁴⁶² Wie bereits besehen, hat die Strafe denn auch der positiven Generalprävention zu dienen, indem das Strafurteil aufgrund der angemessenen bzw. gerechten Bestrafung akzeptiert wird und dadurch zur Stabilisierung des allgemeinen Rechtsbewusstseins beiträgt.¹⁴⁶³

1457 Vgl. dazu BRUNS, NJW 1979, 290 f.; DREHER, JZ 1967, 42; NEUMANN, in: FS Spindel, 439; ROXIN, in: FG Schultz, 466; STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 67; STRENG, in: FS Müller-Dietz, 887 f.; DERS., in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius, Bd. 3, § 66 N 135; vgl. auch schon STOOSS, ZStrR 1894, 269 ff.: s. dazu auch I.D.2.c.

1458 BRUNS² (1985), 65, der andererseits jedoch auch festhält, dass «*die Undeutlichkeit der metaphysischen Erkenntnis [...] noch nicht eine Verschwommenheit des metaphysischen Gegenstandes zu bedeuten [braucht], der sehr wohl feste Konturen haben kann [...]*» (107).

1459 Vgl. dazu DREHER, JZ 1967, 43; SCHAFFSTEIN, in: FS Gallas, 101; STRENG, in: FS Müller-Dietz, 888 («*Welche die eine richtige Wertung eines bestimmten Vorfalls ist, stellt sich angesichts der Abstraktheit der Gesamtkultur und ihrer notwendigen Konkretisierung durch Teilkulturen als eine schon im Ansatz verfehlte Frage dar*»).

1460 STRENG, in: FS Müller-Dietz, 888 f.; DERS., in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius, Bd. 3, § 66 N 135.

1461 So jedoch etwa A. KAUFMANN², 65 («*Die Schuld ist ein metaphysisches Phänomen [...]*»).

1462 So führt auch SCHULTZ, JZ 1966, 114, aus: «*Strafen ist kein metaphysisches Geschehen, noch eine Verwirklichung der Sittlichkeit, sondern eine bittere Notwendigkeit in einer Gemeinschaft unvollkommener Wesen, wie sie die Menschen nun einmal sind.*»

1463 Siehe vorne I.D.2.a.a2.ii.

Dass eine mathematisch exakte Festsetzung der Schuld des Täters nicht möglich ist, zeigt auch folgende Überlegung: Würde man einer erfahrenen Richterin die Frage stellen, ob der Schuld des Täters in einem bestimmten Fall eine Freiheitsstrafe von zwölf Monaten und einer Woche oder zwölf Monaten und zwei Wochen entspricht, könnte diese darauf wohl keine begründete Antwort geben. Insbesondere bei so minimalen Unterschieden in der Strafhöhe ist es schwerlich denkbar, eine exakte, dem Verschulden entsprechende Strafhöhe festzulegen. Der Richterin wäre es hingegen eher möglich festzuhalten, dass eine Strafhöhe von 11 bis 14 Monaten Freiheitsstrafe angemessen bzw. «richtig» sei.¹⁴⁶⁴ Dies zeigt sich ebenfalls darin, dass auch der Punktstrafe ein Rahmen immanent ist, sich dieser jedoch im Vergleich zur Spielraumtheorie kleiner gestaltet: Spricht das Gericht etwa eine Punktstrafe im Sinne einer Freiheitsstrafe von 36 Monaten aus, wäre theoretisch eine Abstufung in Tagen möglich (z.B. 35 Monate und 21 Tage). Die wenigsten Gerichte würden jedoch bei einer solchen Strafhöhe eine Abstufung in kleinere Unterstufen vornehmen, da der ganze 36. Monat – im Sinne der Punktstrafe – wohl noch schuldangemessen erscheint.¹⁴⁶⁵

Sodann lässt sich festhalten, dass auch bei der Spielraumtheorie durch das Gericht am Ende kein Rahmen, sondern eine genaue Strafe ausgesprochen wird. Die Spielraumtheorie lässt sich daher als *Durchgangsstadium* innerhalb des Strafzumessungsvorgangs i.e.S. bezeichnen.¹⁴⁶⁶ Das konkrete Verschulden lässt eine ganze Reihe von Strafen als noch schuldangemessen erscheinen; die präventiven Strafzwecke haben innerhalb dieses Rahmens die endgültige Fixierung der jeweiligen Strafe vorzunehmen. Das Gericht ist denn auch nicht gehalten – obgleich dies aus Gründen der Nachvollziehbarkeit wünschenswert wäre –, in seiner Urteilsbegründung den Schuldrahmen anzugeben, den es als schon bzw. noch schuldangemessen angesehen hat. Die Anwendung dieser – oder auch einer anderen – Strafzumessungstheorie soll in erster Linie denn dazu dienen, dem Gericht den eigenen Strafzumessungsvorgang im Sinne einer systematischen Selbstkontrolle transparenter vor Augen zu führen. Das Problem hinsichtlich des Schuldrahmens ist jedoch, dass die Spielraumtheorie selbst keine Vorgabe zur Beantwortung der Frage liefert,

1464 Beispiel von ROXIN, in: FG Schultz, 467; ähnlich auch DÖLLING, in: FS Schreiber, 56; vgl. in diesem Zusammenhang zur sog. «Prägnanztendenz» LEGNARO/AENGENHEISTER (1999), 168 f.

1465 Auch ARZT, recht 1994, Rz. 12, argumentiert in diese Richtung, wenn er festhält, dass «das von der Individualität des Richters beeinflusste Resultat [...] dann [...] noch als Punkt oder wegen Kurzsichtigkeit als ein mehr oder weniger schwieriger erkennbarer breiter Strich gedeutet werden [kann]».

1466 Dazu AHLERS-GRZIBEK (2003), 11; TOMFORDE (1999), 114.

wie weit sich der jeweilige Rahmen nach unten und oben erstreckt.¹⁴⁶⁷ Dies ist jedoch kein Grund, die Spielraumtheorie zu verwerfen. Die schuldangemessene Strafe kann nämlich auch innerhalb eines Schuldrahmens existieren, wenn dessen Grenzen nicht exakt umschrieben werden; die strafbegrenzende Funktion der Schuld setzt keine scharfen Fixpunkte im Bereich der noch schuldangemessenen Strafe voraus, wie auch die Strafzumessungsschuld an sich nicht exakt umschrieben werden kann.¹⁴⁶⁸ Die Grenzen der schon bzw. noch schuldangemessenen Strafe sind nicht als fixe Grenzen, sondern vielmehr als fließende Übergänge zu verstehen.¹⁴⁶⁹ Immerhin lässt sich für eine Tat aber wohl feststellen, welche Strafhöhen eindeutig nicht mehr (nach oben) bzw. noch nicht (von unten) schuldangemessen sind, was eine gewisse Annäherung an die obere und untere Grenze des Schuldrahmens erlaubt.¹⁴⁷⁰ Das konkrete Ausmass des Schuldrahmens muss dabei weiterhin vom Gericht unter Anwendung der ihm zu Verfügungen stehenden verschuldensbestimmenden Bewertungsmaßstäbe und seines Ermessens vorgenommen werden.

Was ferner den Vorwurf der Ungleichbehandlung von mehreren Tätern mit vergleichbarem Schuldvorwurf anbelangt, so lassen sich auch dieser Kritik gewichtige Argumente entgegenhalten: Erstens stellt sich die Frage der Rechtsungleichheit bei jeder Berücksichtigung persönlicher Verhältnisse und spezialpräventiv relevanter Umstände und damit etwa auch bei der allfälligen Entscheidung im Rahmen der Strafzumessung i.w.S., ob eine Strafe nur bedingt vollzogen werden soll.¹⁴⁷¹ Der Vorwurf ist entsprechend nicht neu, weil man die Strafhöhe auch gestützt auf präventive Überlegungen festsetzt. Bei der Strafzumessung i.w.S. wird bezeichnenderweise diese Kritik jedoch zu Recht nicht erhoben. Zweitens ist nach vorliegender Ansicht das Argument einer Ungleichbehandlung überhaupt falsch, sofern es mit dem Beispiel von verschiedenen Tätern mit vergleichbarem Schuldvorwurf unterlegt wird. Eine Verletzung des Rechtsgleichheitsgebots von Art. 8 BV läge nämlich nur vor, wenn Gleiches nicht nach Massgabe seiner Gleichheit gleich und Ungleiches

1467 Vgl. DUBS, ZStW 1982, 169; HEINRICH (2016), 124; STOECKLIN (1971), 50.

1468 NEUMANN, in: FS Spindel, 442.

1469 SPENDEL (1954), 184; NEUMANN, in: FS Spindel, 441, bringt dies passend auf den Punkt, wenn er diesbezüglich festhält, dass es bei der Frage der schuldangemessenen Strafe um die Anwendung von Regeln gehe, «*die nicht völlig präzise, aber deshalb noch lange nicht völlig beliebig*» seien.

1470 DÖLLING, in: FS Schreiber, 57.

1471 STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 73; pointierter noch die Voraufgabe STRATENWERTH AT II², § 6 N 72: «*[...] schafft jede Berücksichtigung persönlicher Verhältnisse und erst recht spezialpräventiv relevanter Umstände, eben schon bei der Entscheidung über den bedingten Strafaufschub, in diesem Sinne Ungleichheiten. Sie liessen sich nur mit starren Straftaxen vermeiden, die niemand wollen kann [...]*».

nicht nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich behandelt würde.¹⁴⁷² Gleiche Sachverhalte mit identischen relevanten Tatsachen sind somit nur dann gleich zu beurteilen, wenn kein sachlicher Grund eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigt.¹⁴⁷³ Wie die vorangegangene Untersuchung aber gezeigt hat, ist das Verschulden des Täters nicht der einzige Strafzweck, der Einfluss auf die Höhe einer auszusprechenden Strafe nehmen kann. Vielmehr sind auch präventive Überlegungen im Rahmen der Strafzumessung i.e.S. zu beachten.¹⁴⁷⁴ Will man also zwei Fälle miteinander vergleichen, ist es falsch, *nur* auf das Mass des jeweiligen Verschuldens abzustellen, wenn auch präventive Umstände in den Strafzumessungsentscheid einzufließen haben. Insofern kann daher nicht schon von einer Ungleichbehandlung gesprochen werden, wenn etwa bei gleichem Schuldvorwurf einer der Täter gleichzeitig stärkere Resozialisierungstendenzen vorweist.¹⁴⁷⁵

Schliesslich gilt es noch die Frage zu behandeln, wo innerhalb des Schuldrahmens die Strafe bei Berücksichtigung präventiver Überlegungen zu verorten wäre. Unter welchen Umständen dürfte eine Strafe etwa am oberen Rand des Schuldrahmens festgesetzt werden? Denkbar hierfür wären etwa Überlegungen der negativen Generalprävention zwecks Abschreckung potenzieller Täter. Die Berücksichtigung solcher Strafzwecke bei der Strafzumessung wurde jedoch bereits abgelehnt.¹⁴⁷⁶ Gleiches gilt auch für die negative Spezialprävention, wenn der Täter durch einen «Denkzettel» vor der Begehung weiterer Taten abgeschreckt werden soll, findet doch auch dieser Zweck u.a. keinen Rückhalt in der gesetzlichen Regelung von Art. 47 StGB.¹⁴⁷⁷ Wie dargelegt wurde, spricht Art. 47 Abs. 1 StGB hinsichtlich der Prävention nur von der «Wirkung der Strafe auf das Leben des Täters» und damit von der positiven Spezialprävention, die insb. die Resozialisierung des Täters erreichen will.¹⁴⁷⁸ Eine solche kann aber – wie ausgeführt – nur schwerlich durch eine längere Strafdauer erreicht werden.¹⁴⁷⁹ Vielmehr dürfte es als gesichert gelten, dass

1472 BGE 137 V 121, E. 5.3; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN⁸, Rz. 572.

1473 BGE 136 I 345, E. 5.

1474 Siehe vorne I.D.2.a.a2.

1475 Vgl. auch BGer, Urteil 6B_943/2020 vom 19. Januar 2021, E. 3.5 («Der Grundsatz der Individualisierung und das dem Sachgericht bei der Strafzumessung eingeräumte weite Ermessen führen notwendigerweise zu einer gewissen vom Gesetzgeber in Kauf genommenen Ungleichheit. Selbst gleich oder ähnlich gelagerte Fälle unterscheiden sich durchwegs massgeblich in zumessungsrelevanten Punkten»).

1476 Siehe vorne I.D.2.a.a2.ii.

1477 Siehe vorne I.D.2.a.a2.i.

1478 Vgl. vorne I.D.2.a.a2.i.; Botschaft, BBl 1999 II, 2060; BGer, Urteil 6B_14/2007 vom 17. April 2007, E. 5.2; StGB PK⁴-TRECHSEL/M. SEELMANN, Art. 47 N 14.

1479 Vgl. vorne I.B.2.b.; FRISCH, ZStW 1987, 365; KASPAR, in: Juristentag, C 33.

insb. Freiheitsstrafen in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle eine Wiedereingliederung des Täters in die Gesellschaft erschweren und eine darauf gestützte Straferhöhung keine zusätzlichen positiv-spezialpräventiven Effekte mit sich bringt.¹⁴⁸⁰ Damit zeigt sich, dass eine Straffestsetzung am oberen Rand des Schuldrahmens gestützt auf die im Einzelfall zulässigen präventiven Zu-messungsgründe der positiven Spezialprävention in den meisten Fällen nicht begründet werden kann. Konsequenterweise müsste die Strafe zumeist am unteren Rand des Schuldrahmens festgesetzt werden, da dies einerseits – in der überwiegenden Mehrheit der Fälle – dem Strafzweck der Resozialisierung Nachachtung verschafft und sich andererseits auch aus Gründen der Verhältnismässigkeit gebietet.¹⁴⁸¹ Schliesslich wurde bereits dargelegt, dass ein normstabilisierender Effekt im Sinne der positiven Generalprävention die Bevöl-kerung schon bei Strafen an der *unteren Grenze* des Schuldrahmens erreicht und eine Erhöhung des Strafmasses zu *keiner Steigerung* der präventiven An-sprechbarkeit führt.¹⁴⁸² Im Ergebnis müsste demnach in den meisten Fällen eine Strafe dem *untersten Wert des Spielraums* entsprechen. Dies hätte jedoch nicht in jedem Fall zu gelten. Vielmehr würde es sich hierbei um einen allge-meinen Orientierungspunkt handeln, von dem aus der Schuldrahmen *von unten her* im (Ausnahme-)Falle des Vorliegens von präventiven Umständen, die eine höhere Strafdauer voraussetzen würden, ausgefüllt würde.¹⁴⁸³ Ein Strafmass am unteren Rand des Spielraums würde demnach die Regel dar-stellen, von dem nur in begründeten Einzelfällen nach oben abgewichen werden könnte. Eine solche Orientierung am unteren Rand des Schuldrah-mens – und nicht in dessen Mitte – wird von FRANZ STRENG so auch passend als «asymmetrische Spielraumtheorie» bezeichnet.¹⁴⁸⁴

iii. Stellenwerttheorie

Eine Verbindung mit beiden soeben besprochenen Theorien weist die v.a. in der deutschen Lehre vertretene *Stufen-* oder *Stellenwerttheorie* auf.¹⁴⁸⁵ Sie grün-det auf der Überlegung, dass es unmöglich sei, eine prognostische Aussage über die «richtige» Dauer einer Strafe gestützt auf präventive Gesichtspunkte

1480 KASPAR, in: Juristentag, C 33; PALLIN (1982), Rz. 8; STAHL (2015), 153; vgl. vorne I.B.2.b.

1481 Vgl. DREHER, JZ 1967, 45; GIEHRING, in: Pfeiffer/Oswald, 113; HART-HÖNIG (1992), 137 f.; B.-D. MEIER⁵, 175; STRENG, in: FS Müller-Dietz, 893 ff.; DERS., in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius, Bd. 3, § 66 N 138.

1482 Siehe vorne I.D.2.a.a2.ii.

1483 So auch DÖLLING, in: FS Schreiber, 60; B.-D. MEIER⁵, 175; STRENG, in: FS Müller-Dietz, 898.

1484 STRENG, in: FS Müller-Dietz, 896.

1485 Siehe etwa BRUNS, in: FS Dreher, 253 ff.; HENKEL (1969), 23, 51; HORN, in: FS Bruns, 165 ff.; TOMFORDE (1999), 119 ff.

zu machen; vielmehr sei die Straffestsetzung allein aufgrund der Verschuldenshöhe vorzunehmen.¹⁴⁸⁶ Den Vertretern dieser Theorie ist dabei aber auch klar, dass präventive Ziele nicht völlig aus der Strafzumessung ausgeschlossen werden können. Diese sollen jedoch nicht bei der Strafzumessung i.e.S. Berücksichtigung erfahren. Demgemäss gestaltet sich der Strafzumessungsvorgang zweistufig, indem in einem ersten Schritt die Höhe des Verschuldens des Täters und damit auch die Dauer der jeweiligen Strafe im Rahmen der Strafzumessung i.e.S. festgesetzt wird. Dabei werden spezial- oder generalpräventive Überlegungen noch gänzlich ausser Acht gelassen.¹⁴⁸⁷ Diese folgen erst in einem zweiten Schritt, wenn bei der Strafzumessung i.w.S. darüber entschieden wird, was für eine Straftat für die schuldangemessene Strafe zu verhängen und ob sie auch tatsächlich zu vollziehen ist.¹⁴⁸⁸ Der Hauptvorteil dieser Theorie besteht darin, dass durch die Entflechtung der inkommensurablen Umstände einerseits des Verschuldens im Sinne der Einzeltatschuld und andererseits präventiver Überlegungen dem Gericht eine systematischere und damit auch überprüfbarere Strafzumessung möglich ist: Wenn die Strafzwecke, im Sinne einer Entschärfung des Problems der Antinomie der Strafzwecke, nicht mehr miteinander konkurrieren, entfällt eine Abwägung derselben gegeneinander.¹⁴⁸⁹ Zudem wird damit dem in der Praxis vorherrschenden Problem entgegengewirkt, dass bei vielen gerichtlichen Entscheidungen oftmals unklar ist, welche präventiven Umstände bei der Strafzumessung i.e.S. überhaupt berücksichtigt wurden und in welchem Ausmass sie sich auf die Höhe der Strafe ausgewirkt haben.¹⁴⁹⁰

Die Anwendung der Stellenwerttheorie bewahrt das Gericht jedoch nicht vor der Beantwortung der Frage, ob bei der Festlegung der Höhe des Verschuldens der Theorie der Punktstrafe oder derjenigen des Verschuldensspielraums gefolgt wird. Wird in letzterem Fall nämlich gleichwohl noch ein Schuldrahmen festgesetzt, präsentiert sich das Problem, wo innerhalb dieses Rahmens

1486 BERNREITER (2015), 75; DÖLLING, in: FS Schreiber, 56; SSW StGB⁵-ESCHELBACH, § 46 N 40; GERMANIER (2019), 88 f.; HENKEL (1969), 49; HORN, in: FS Bruns, 165; KASPAR, in: Juristentag, C 35; S/S³⁰-KINZIG, § 46 N 5, Vor §§ 38 ff. N 20; B.-D. MEIER⁵, 173; LK StGB IV¹³-U. SCHNEIDER, § 46 N 47; STRENG, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius, Bd. 3, § 66 N 141.

1487 ACKERMANN/CESAROV, forumpoenale 2020, 454; DÖLLING, in: Frisch, 88; GERMANIER (2019), 88 f.; S/S³⁰-KINZIG, § 46 N 5; B.-D. MEIER⁵, 173.

1488 BERNREITER (2015), 75; BRUNS, in: FS Dreher, 253; DÖLLING, in: FS Schreiber, 56; SSW StGB⁵-ESCHELBACH, § 46 N 40; GERMANIER (2019), 88 f.; N.-D. HOFFMANN (2006), 13; HORN, in: FS Bruns, 165 f.; JEUNG (2004), 34; KASPAR, in: Juristentag, C 35; S/S³⁰-KINZIG, § 46 N 5; B.-D. MEIER⁵, 173; MÜLLER-DIETZ, in: FS Spendel, 418 f.; SCHÄFER / SANDER / VAN GEMMEREN⁶, Rz. 824; LK StGB IV¹³-U. SCHNEIDER, § 46 N 47; TOMFORDE (1999), 120; ZIPF, ÖJZ 1979, 199.

1489 BRUNS, in: FS Dreher, 253; B.-D. MEIER⁵, 173.

1490 Vgl. dazu hinten I.D.2.b.

das Gericht die Strafe festsetzen sollte, wenn keine zu präventiven Überlegungen Anlass gebenden Umstände berücksichtigt werden dürfen. So wird etwa die Ansicht vertreten, dass in einem solchen Fall die mildeste noch schuldangemessene Strafe verhängt werden müsse.¹⁴⁹¹ Dem wäre bei Anwendung der Stellenwerttheorie zuzustimmen, ergibt sich dies doch bereits aus dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit, wenn die mildeste Strafe des Spielraums noch schuldangemessen ist.¹⁴⁹²

Es bestehen jedoch andere gewichtige Argumente, die gegen die Anwendung der Stellenwerttheorie sprechen: Erstens ist deren Reichweite begrenzt, da der (teil-)bedingte Vollzug einer Freiheitsstrafe nur bis zur Grenze von zwei resp. drei Jahren gewährt werden kann (Art. 42 und 43 StGB). Würde die Strafhöhe nur noch anhand des Verschuldens bestimmt, gäbe es jenseits dieser Grenze praktisch keine Möglichkeit mehr, spezialpräventive Überlegungen in die Strafhöhe einfließen zu lassen. Dies betrifft einerseits klarerweise präventive Umstände bei der Strafzumessung i.e.S. Andererseits hätte dies aber auch Auswirkungen auf die Strafzumessung i.w.S. hinsichtlich der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum strafhöhenbedingten Grenzbereich zwischen unbedingtem und (teil-)bedingtem Vollzug. Zwar hat der Gesetzgeber mit der Festlegung der Obergrenze von zwei resp. drei Jahren Freiheitsstrafe für den (teil-)bedingten Strafvollzug zu erkennen gegeben, dass im Falle einer Strafe jenseits dieses Grenzbereichs der Täter die nachteiligen Auswirkungen des Strafvollzugs auf sich zu nehmen hat und bei der Strafzumessung i.w.S. diesbezüglich keine (spezial-)präventiven Überlegungen mehr einbezogen werden dürfen;¹⁴⁹³ jedoch hat das Bundesgericht festgehalten, dass im Einzelfall unter präventiven Gesichtspunkten noch eine Strafe ausgesprochen werden kann, die unterhalb der Grenze für den bedingten Vollzug (24 Monate) beziehungsweise für den teilbedingten Vollzug (36 Monate) liegt, sofern eine solche «noch vertretbar» ist.¹⁴⁹⁴ Wollte man im Rahmen der Stellenwerttheorie gleichwohl noch präventive Umstände in Bezug auf den Strafmodus auch bei höheren Strafdauern miteinbeziehen, so wäre wohl eine Anpassung der Obergrenzen für den (teil-)bedingten Vollzug vorzunehmen, um den momentan durch das Bundesgericht zugestandenen Spielraum nicht zu verlieren.¹⁴⁹⁵

Zweitens ist die Stellenwerttheorie unvereinbar mit der gesetzlichen Regelung von Art. 47 Abs. 1 StGB, da ein Einbezug spezialpräventiver Straf-

1491 NICKISCH (1958), 12; vgl. dazu auch STOECKLIN (1971), 51.

1492 Siehe dazu auch hinten I.D.2.a.a.4.

1493 BGE 134 IV 17, E. 3.5; vgl. dazu auch BRUNS, in: FS Dreher, 261.

1494 BGE 134 IV 17, E. 3.5; s. dazu eingehend hinten I.D.2.a.a.4.

1495 Siehe dazu auch BRUNS, in: FS Dreher, 261.

zwecke bereits bei der Strafzumessung i.e.S. vorgeschrieben ist.¹⁴⁹⁶ Eine stufenweise Anwendung solcher Strafzwecke erst im Rahmen der Strafzumessung i.w.S. scheitert somit schon an der heutigen gesetzlichen Regelung. Die Anwendung der Stellenwerttheorie wäre unter der alten Regelung von Art. 63 StGB/1937 noch eher möglich gewesen, sah diese doch noch davon ab, präventive Strafzumessungsgründe aufzuzählen.

Im Ergebnis ist daher die Stellenwerttheorie mit dem gesetzlich geregelten und gerichtlich praktizierten Strafzumessungsvorgang nicht vereinbar.

iv. Tatproportionale Strafzumessung

Die relativ neue Lehre der tatproportionalen Strafzumessung – auf die vorliegend nur summarisch einzugehen ist – will schliesslich festere Ankerwerte für die Strafzumessung suchen und eine gleichmässigeren Strafzumessung ermöglichen.¹⁴⁹⁷ Im Mittelpunkt steht hier die Tatschwere als Ausfluss des verschuldeten Erfolgsunwerts sowie des Handlungsunwerts, wobei auf Ersterem der Schwerpunkt liegt.¹⁴⁹⁸ Daneben ist noch auf schuld mindernde Umstände, welche die subjektive Zurechenbarkeit der Tat einschränken, abzustellen.¹⁴⁹⁹ Präventive Gesichtspunkte sollen bei der Strafzumessung i.e.S. – wie auch bei der Stellenwerttheorie – ausgeblendet werden,¹⁵⁰⁰ da deren Wirkungen bei der Strafverhängung und -vollstreckung nicht ausreichend erforscht seien.¹⁵⁰¹ Nicht zu berücksichtigen sind auch sich auf die Täterpersönlichkeit beziehende Umstände, die gemäss den Vertretern der Theorie in keiner Verbindung zum Unrecht oder der Schuld stünden; dazu sollen etwa auch auf die in der Praxis oft referenzierte «kriminelle Energie» oder die Beweggründe der Tat gehören.¹⁵⁰² Die Strafzumessungsschuld soll damit wieder der Strafbegründungsschuld angenähert sowie gleichmässiger und vorhersehbarer

1496 GERMANIER (2019), 90; aus dem gleichen Grund wird die Stellenwerttheorie auch in der deutschen Lehre abgelehnt, s. etwa ANDRISSEK (2017), 195; SSW StGB⁵-ESCHELBACH, § 46 N 40; HÖNIG (2004), 152; KASPAR, in: Juristentag, C 35 f.; S/S³⁰-KINZIG, § 46 N 5; LK StGB IV¹³-U. SCHNEIDER, § 46 N 48.

1497 STRENG, in: FS Müller-Dietz, 885, 892; HÖRNLE, in: Frisch/von Hirsch/H.-J. Albrecht, 99.

1498 SSW StGB⁵-ESCHELBACH, § 46 N 40; KASPAR, in: Juristentag, C 38; HÖRNLE (1999), 223 ff.; DIES., in: Frisch/von Hirsch/H.-J. Albrecht, 99 ff.; B.-D. MEIER⁵, 174; STRENG, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius, Bd. 3, § 66 N 145; DERS., in: FS Müller-Dietz, 885; VON HIRSCH/JAREBORG, Oxford Journal of Legal Studies 1991, 1 ff.; vgl. auch VON HIRSCH/ASHWORTH (2005), 75 ff.

1499 B.-D. MEIER⁵, 174.

1500 Vgl. DÖLLING, in: FS Schreiber, 56; SSW StGB⁵-ESCHELBACH, § 46 N 40; S/S³⁰-KINZIG, § 46 N 5.

1501 SSW StGB⁵-ESCHELBACH, § 46 N 40.

1502 HÖRNLE (1999), 143 ff.; DIES., JZ 1999, 1080 ff.; vgl. auch KASPAR, in: Juristentag, C 38; S/S³⁰-KINZIG, Vor §§ 38 ff. N 20; B.-D. MEIER⁵, 174 f.; VON HIRSCH/ASHWORTH (2005), *passim*.

werden.¹⁵⁰³ Vergleichbar mit der Stellenwerttheorie kann bei der tatproportionalen Strafzumessung durch die Ausblendung der präventiven Gesichtspunkte das Problem der Antinomie der Strafzwecke umgangen werden, da aus präventiven Gründen weder eine Straferhöhung noch -minderung erlaubt wäre.¹⁵⁰⁴

Wie die Stellenwerttheorie ist jedoch auch die Theorie der tatproportionalen Strafzumessung nicht mit der gesetzlichen Regelung von Art. 47 Abs. 1 StGB vereinbar.¹⁵⁰⁵ Zudem verhindert die Reduzierung der miteinzubeziehenden Tat- und Täterkomponenten eine gesamtheitliche Betrachtung der das individuelle Verschulden bestimmenden Faktoren.¹⁵⁰⁶

v. Zwischenfazit

Zusammengefasst ist die Spielraumtheorie am ehesten mit dem im Gesetz festgehaltenen Strafzumessungsvorgang in Einklang zu bringen. Ihr Vorzug besteht darin, dass sie dessen Komplexität anerkennt und sämtliche zulässigen Strafzumessungszwecke neben dem Verschulden im Sinne einer Vereinigungstheorie in den Vorgang integriert. Zwar kann sie in gewissen Punkten nur eine ungenaue Lösung präsentieren, derlei Unschärfen können aber aufgrund der begrenzten Erkenntnisfähigkeit der Gerichte und der Komplexität des Strafzumessungsvorgangs selbst bislang nicht zufriedenstellend aufgelöst werden; gerade in diesen Punkten muss denn auch dem Gericht sein für die Strafzumessung notwendiger Ermessensspielraum zugestanden werden.

a4. Die Grenzen des Schuldrahmens

Wie festgestellt wurde, lassen sich die schweizerischen Bestimmungen zur Strafzumessung hinsichtlich der Strafzwecke am ehesten durch die Spielraumtheorie, die einen Schuldrahmen voraussetzt, anwenden. Es stellt sich nun die Frage, ob der Schuldrahmen in bestimmten Fällen aufgrund präventiver Überlegungen auch verlassen werden darf oder ob er eine strikte Begrenzung des gerichtlichen Ermessens darstellt. Dies beschlägt die bereits angesprochene *strafbestimmende* Funktion der Schuld.¹⁵⁰⁷ Gemäss dieser dürfte der Rahmen der schuldangemessenen Strafe grundsätzlich *nicht über- oder unterschritten* werden.¹⁵⁰⁸

1503 SSW StGB⁵-ESCHELBACH, § 46 N 40; GIANNOULIS (2014), 15.

1504 HÖRNLE (1999), 336 ff.; B.-D. MEIER⁵, 175.

1505 Siehe für die deutsche Lehre etwa ELLSCHEID, in: FS Müller-Dietz, 201 ff.; SSW StGB⁵-ESCHELBACH, § 46 N 40; STRENG, in: FS Müller-Dietz, 892; für weitere Kritik an der tatproportionalen Strafzumessung s. B.-D. MEIER⁵, 175 f.

1506 Vgl. STRENG, in: FS Müller-Dietz, 885 f.; für weitere Kritik s. KASPAR, in: Juristentag, C 40 f.

1507 Vgl. vorne I.D.2.a.a1.iv.

1508 JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 119; SCHÄFER/SANDER/VANGEMMEREN⁶, Rz. 830.

i. Die Überschreitung des Schulrahmens

Einigkeit in Lehre und Praxis besteht insofern, als eine *Überschreitung* der schuldangemessenen Strafe ausnahmslos abgelehnt wird.¹⁵⁰⁹ Hinsichtlich generalpräventiver Zwecke ergibt sich dies bereits aus dem Umstand, dass diese schon zu keiner Straferhöhung *innerhalb* des Schulrahmens führen können resp. dürfen,¹⁵¹⁰ weshalb eine Überschreitung des Schulrahmens umso mehr zu kritisieren wäre. Eine weitergehende Begründung gilt es aber bei den spezialpräventiven Zwecken aufzuzeigen, wenn man bei ihnen davon ausgeht, dass sie innerhalb des Schulrahmens in Ausnahmefällen eine Straferhöhung nach sich ziehen dürfen. Hierbei gilt es aber nochmals zu wiederholen, dass sich der Vollzug einer Freiheitsstrafe nur in seltenen Fällen positiv auf die künftige Legalbewährung des Täters auswirkt.¹⁵¹¹

Den Hauptgrund, der ganz grundsätzlich gegen eine Schuldüberschreitung spricht, stellt der erwähnte *strafbegrenzende* Grundsatz der Schuld dar.¹⁵¹² Präventive Umstände können daher niemals für die Verhängung einer Strafe *oberhalb* des Schulrahmens führen. Hinsichtlich spezialpräventiver Straferhöhungen über das Schuldmass hinaus lässt sich ein solches Verbot zudem aus dem dem schweizerischen Strafrecht inhärenten doppelspurigen Strafen- und Massnahmensystem ableiten.¹⁵¹³ Wird eine Schuldstrafe nämlich mangels Schuldfähigkeit gar nicht verhängt oder reicht sie nicht aus, um besondere präventive Bedürfnisse zu erfüllen, kann gegen den Täter bei gegebenen Voraussetzungen eine Massnahme verhängt werden.¹⁵¹⁴ Im Gegensatz zu den

1509 BGE 118 IV 21, E. 2b («[...] *des considérations de prévention générale ne sont pas exclues, à titre secondaire [...], à la condition de ne pas prononcer une peine excédant celle qui est justifiée par la faute du condamné [...]*»); 118 IV 342, E. 2g («*darf die schuldangemessene Strafe nicht aus Gründen der Prävention überschritten werden [...]*»); 134 IV 60, E. 7.3.2; P. ALBRECHT, ZStrR 2013, 395; ARZT, recht 1994, Rz. 14; REHBERG⁷, 72; ROXIN, in: FG Schultz, 472; SCHULTZ AT II⁴, 76; STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 70; StGB PK⁴-TRECHSEL/M. SEELMANN, Art. 47 N 16; BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 80; s. zur österreichischen Lehre etwa ZIPF, ÖJZ, 1979, 199; vgl. dazu auch vorne I.D.2.a.1v.

1510 Vgl. vorne I.D.2.a.a.ii.

1511 BOMMER, ZStrR 2019, 273; EISENBERG/KÖLBEL⁷, § 42 N 12; ERBER-SCHROPP (2016), 55 f.; HÄRRI, ZStrR 1998, 215; STRATENWERTH/BERNOULLI (1983), 160 f.; der Kanton Basel-Landschaft bringt dies in der Vernehmlassung 1995 treffend auf den Punkt: «*Strafvollzug ist dem «künftige[n] Leben des Täters» wohl nur ganz selten förderlich*» (518); vgl. insb. auch vorne I.B.2.b.; s. aber auch KILLIAS, ZStrR 2018, 81, der unter Berufung auf verschiedenen Studien festhält, dass kürzere Gefängnisstrafen in spezialpräventiver Hinsicht weder nützlich noch schädlich seien («*Nulleffekt*»).

1512 ROXIN, in: FG Schultz, 472.

1513 Dazu BSK StGB I⁴-HEER, Vor Art. 56 N 1 ff.; s.a. vorne I.D.2.a.a.2.i.

1514 GETH⁷, Rz. 550; vgl. auch P. ALBRECHT, ZStrR 2017, 455; BRÄGGER/ZANGGER (2020), Rz. 522.

schuldangemessenen Strafen beziehen sich Massnahmen nämlich weder vom Grundsatz her noch in Bezug auf ihr Mass auf die Schuld des Täters.¹⁵¹⁵

ii. *Die Unterschuldstrafe*

Unterschreitet eine Strafe das schuldangemessene Mass, spricht man von einer sog. *Unterschuldstrafe*.¹⁵¹⁶ Folgt man der Spielraumtheorie, umgeht man zu einem gewissen Masse die «Problematik» der Unterschuldstrafe, da eine durch präventive Umstände mitbestimmte Strafe durch die Anwendung eines Schuldrahmens an dessen unterem Rand ausgesprochen werden kann, wohingegen bei der Punktstrafe jede nur leicht nach unten abweichende Strafe schuldunterschreitend wäre.¹⁵¹⁷ Gleichwohl stellt sich die Frage der Unterschuldstrafe auch bei der Spielraumtheorie, wenn der Schuldrahmen nach unten durchbrochen wird.

Die Zulässigkeit einer Unterschuldstrafe ist in der Lehre umstritten. Dagegen – und für den *strafbestimmenden* Charakter der Schuld – wird einerseits die – in der Lehre grundsätzlich unbestrittene – strafbegrenzende Funktion der Schuld aufgeführt. Bestimme die Schuld nämlich eine Obergrenze der Strafe, müsse diese Grenze begriffsnotwendig das oberste Ende einer *Skala* darstellen,¹⁵¹⁸ auf der die konkrete Höhe des Verschuldens im damit korrelierenden Strafmass seine Entsprechung finde. Das Verschulden im Rahmen der Strafzumessung baue mithin auf verschiedenen Stufen auf und walte dadurch nicht nur als limitierende Ober-, sondern auch als Untergrenze.¹⁵¹⁹ Dass das Verschulden im Rahmen der Strafzumessung nach dem Schweizerischen Strafgesetzbuch grundsätzlich auch strafbestimmenden Charakter habe, ergebe sich nicht zuletzt auch aus dem Umstand der Zweispurigkeit des Sanktionensystems, würde eine nicht auf das Verschulden, sondern präventiv ausgerichtete Strafmassbestimmung doch zu einem reinen Massnahmenrecht führen. In einem solchen Fall wäre aufgrund der schwer abschätzbaren präventiven Wirkung der Strafe eine nachvollziehbare Strafzumessung auch schwer durchführbar, während die verschuldensbasierte Bemessung

1515 Siehe etwa BGE 120 IV 1, E. 2; BSK StGB I⁴-HEER, Vor Art. 56 N 1; so auch in Österreich, s. etwa ZIPF, ÖJZ, 1979, 199.

1516 FRISCH, in: Frisch, Schuld, 23 f.; S/S³⁰-KINZIG, Vor §§ 38 ff. N 21; STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 71 ff.; BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 77 f.

1517 Vgl. STRENG, in: FS Müller-Dietz, 886 f.

1518 HIRSCH, in: Kohlmann, 646.

1519 Für die strafbestimmende Funktion wohl GISEL-BUGNION (1978), 156 ff.; s.a. DUBS, ZStW 1982, 167 ff.; P. SCHNEIDER (1979), 17 ff.; vgl. auch DE SOUSA E BRITO, in: FS Hassemer, 313 («Es ist unmöglich dem Verbot, dass die Strafe das Mass der Schuld überschreitet, Folge zu leisten, ohne die Strafe nach der Schuld zu messen»).

der Strafhöhe zumindest anhand einer (einigermaßen) fundierten Skala von Strafzumessungsgründen¹⁵²⁰ vorgenommen werden könne (und in der Praxis auch werde).¹⁵²¹

Ein Teil der Lehre will eine Ausnahme von der Maxime, dass die Strafe das Verschulden stets in vollem Masse ausgleichen solle, machen.¹⁵²² So spreche die Bestimmung in Art. 47 StGB davon, «die Wirkung der Strafe auf das Leben des Täters» zu berücksichtigen. Dies lasse einen Interpretationsspielraum dahingehend offen, dass die Berücksichtigung einer solchen spezialpräventiven Überlegung sehr wohl eine Unterschreitung des Schuldrahmens zuliesse.¹⁵²³ Auch der Bericht zur Revision des Allgemeinen Teils des Bundesamtes für Justiz aus dem Jahre 1993 hielt diesbezüglich fest, dass bei der Zumessung der Strafe das Gericht Gesichtspunkte der Resozialisierung berücksichtigen solle. «[Es] soll insbesondere prüfen, ob die schuldangemessene Strafe eine Wiedereingliederung des Täters nicht geradezu vereitelt.»¹⁵²⁴ Diese Ausführung lässt eindeutig darauf schliessen, dass das Gericht aus spezialpräventiven Gründen das Mass der schuldangemessenen Strafe unterschreiten könne. Der von HANS SCHULTZ ausgearbeitete Vorentwurf von 1987 sowie der Vorentwurf von 1993 statuierten in Art. 46 Abs. 3 bzw. Art. 49 Abs. 3 sogar explizit, dass die Strafe das Mass der Tatschuld unterschreiten solle, wenn zu erwarten sei, dass eine geminderte Strafe genüge, um den Verurteilten von weiteren Delikten abzuhalten.¹⁵²⁵

Zwar fanden diese Bestimmungen schliesslich keinen Eingang in das geltende Strafgesetzbuch; dass aber auch der heutige Gesetzgeber in gewissen Konstellationen ausserhalb von Art. 47 StGB eine Unterschreitung der Einzeltatschuld zulassen will, zeigt etwa das gänzliche Absehen von Strafe, wenn Schuld und Tatfolgen geringfügig sind (Art. 52 StGB) oder der Täter durch die

1520 Siehe dazu hinten I.D.2.b.

1521 HIRSCH, in: Kohlmann, 650.

1522 P. ALBRECHT, ZStrR 2013, 395 Fn. 52 (anders DERS. noch in SJZ 1983, 266: «Es entspricht einer [...] Notwendigkeit, die Strafzumessung nicht vollkommen vom Mass der Schuld des Verurteilten zu lösen [...]»); Komm. StGB²-KELLER, 42; PC CP², Art. 47 N 8; STRATEN-WERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 71 ff.; BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 78; vgl. dazu auch KILLIAS et al.², Rz. 1216; PIGNAT/KUHN, ZStrR 2004, 256 f.; KOHLSCHÜTTER bemerkt hierzu, dass die Frage in der Praxis eine untergeordnete Rolle spiele, da das Gericht wohl nicht in seine Urteilsbegründung schreibe, dass es das Strafmass unterhalb des Schuldrahmens bestimmt habe. Dies werde dem Gericht dadurch leichter gemacht, dass es den der konkreten Strafzumessung zugrunde gelegten Strafraumen nicht offenzulegen habe ([2002], 42); s.a. ARZT, recht 1994, Rz. 14 Fn. 10, jedoch noch unter Bezugnahme auf Art. 49 Abs. 3 StGB des Vorentwurfs von 1993.

1523 PC CP², Art. 47 N 8; ROXIN, in: FG Schultz, 473 f.

1524 Bericht 1993, 69; s. dazu auch HÄRRI, ZStrR 1998, 212.

1525 Bericht 1993, 69.

unmittelbaren Folgen seiner Tat so schwer betroffen ist, dass eine Strafe unangemessen wäre (Art. 54 StGB).¹⁵²⁶ Auch der Milderungsgrund des Zeitablaufs nach Art. 48 lit. e StGB ist nicht auf ein geringeres Verschulden zurückzuführen, sondern stützt sich auf ein herabgesetztes Strafbedürfnis im Sinne der positiven Generalprävention.¹⁵²⁷ In der Praxis kann schliesslich auch die Verletzung des Beschleunigungsgebots zu einer Strafreduktion führen, obgleich es auch hier nicht um eine verschuldensrelevante Frage, sondern vielmehr um ein Mittel der staatlichen Kompensation dafür geht, dass der Staat das Verfahren nicht zügig vorangetrieben hat.¹⁵²⁸

Heutige Befürworter einer Unterschuldstrafe bringen sodann als gewichtigstes Argument vor, dass sich deren Anwendung sowieso längst dadurch verwirklicht habe, dass etwa eine Freiheitsstrafe mit bedingtem Vollzug ausgesprochen werden könne.¹⁵²⁹ Dies bedeute im Ergebnis nichts anderes als eine wesentliche Milderung der Strafe unterhalb des der Schuld entsprechenden Masses aus Gründen der Spezialprävention.¹⁵³⁰ Gemäss GÜNTER STRATENWERTH und FELIX BOMMER sei es daher nicht einzusehen, warum ein Rückgriff auf solche spezialpräventiven Überlegungen nicht auch bei der Zumessung unbedingter Strafen möglich sein solle.¹⁵³¹ Dieser Argumentation lassen sich jedoch *de lege lata* auf einen ersten Blick folgende Überlegungen entgegenhalten: Zum Ersten wurde Art. 49 Abs. 3 des Vorentwurfs von 1993, der explizit die Möglichkeit der Verhängung einer Unterschuldstrafe statuierte, nicht ins geltende Recht übernommen. Zum Zweiten findet dadurch eine systematisch falsche Vermischung der Strafzumessung i.e.S. einerseits, die auf einer ersten Stufe die Festsetzung der Strafhöhe gestützt auf das individuelle Verschulden und im Rahmen der noch schuldangemessenen Strafe den Einbezug (spezial-)präventiver Überlegungen vornimmt, und der Strafzumessung i.w.S. andererseits, welche in einem zweiten Schritt u.a. auch den Entscheid über den bedingten Strafvollzug enthält, statt. Doch können diese Argumente verfangen?

1526 Vgl. dazu REHBERG⁷, 80f.

1527 BGE 140 IV 145, E. 3.1; 132 IV 1, E. 6.1; BGer, Urteil 6B_14/2009 vom 11. Juni 2009, E. 2.1; CR CP I²-PELLET, Art. 48 N 41; JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 93; Komm. StGB²-KELLER, 45; MATHYS², Rz. 339; G. MAURER (1945), 91; PC CP², Art. 48 N 31; vgl. auch vorne I.D.1.c.a1.viii.

1528 Siehe hinten I.D.2.b.a2.v.; vgl. auch FRISCH, in: Frisch, Schuld, 24.

1529 CONINX, recht 2019, 29; STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 72; BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 78; s. dazu schon Motive VE-StGB/1893, 83.

1530 STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 71 f.; vgl. auch Bericht VE-StGB/1987, 118; Bericht 1993, 118.

1531 STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 72; so auch BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 78; vgl. auch PIGNAT/KUHN, ZStrR 2004, 256.

Erstens muss zugestanden werden, dass eine «Folgenberücksichtigung» der Strafmodiwahl für die Strafzumessung i.e.S. bereits Einzug in Lehre und Praxis gefunden hat. Von einer solchen wird dann gesprochen, wenn «der Richter die Konsequenzen der von ihm (zunächst) ins Auge gefassten Strafe für den Verurteilten und dessen soziales Umfeld abklärt und die Strafe ändert, wenn sie untragbare Folgen hätte» oder wenn «der Richter belastenden Straftatfolgen, die den Verurteilten getroffen haben oder noch treffen werden, bei der Strafzumessung [i.e.S.] Rechnung trägt.»¹⁵³² Das Bundesgericht erachtete es – noch gestützt auf die Regelungen vor der Revision des Allgemeinen Teils – etwa als zulässig in Fällen, in denen das Gericht, das eine Freiheitsstrafe von nicht erheblich mehr als 18 Monaten (damalige Schwelle, über der kein bedingter Strafvollzug mehr möglich war) in Betracht zog – wobei die Voraussetzungen des bedingten Strafvollzuges im Übrigen gegeben waren –, zu prüfen hatte, ob der Vollzug einer unbedingten Freiheitsstrafe «nicht dem Zweck der Verbrechensbekämpfung zuwiderlaufe». ¹⁵³³ Diese Rechtsprechung wurde durch das Bundesgericht nach der Revision des Allgemeinen Teils insofern noch modifiziert, als das Gericht sich bei einer «ins Auge gefasste[n] Sanktion in einem Bereich, der die Grenze für den bedingten Vollzug (24 Monate) beziehungsweise für den teilbedingten Vollzug (36 Monate) mit umfasst», zu fragen hat, ob eine Strafe, «welche die Grenze nicht überschreitet, noch vertretbar ist. Bejaht [es dies], hat [es] diese Strafe zu verhängen. Andernfalls ist es ihm unbenommen, auch eine nur unwesentlich über dem Grenzwert liegende – angemessene und begründbare – Strafe auszufällen.»¹⁵³⁴ In einem solchen Fall hat das Gericht seinen Entscheid in diesem Punkt ausdrücklich zu begründen.¹⁵³⁵ Lässt man eine solche Folgenberücksichtigung zu, ist es zweitens zwar richtig, dass z.B. aufgrund der Möglichkeit des Aussprechens von bedingt zu vollziehenden Strafen bereits eine Strafe unter dem der Schuld entsprechenden Mass verhängt

1532 HÄRRI, ZStrR 1998, 212.

1533 BGE 118 IV 337, E. 2c; so wurde vom Bundesgericht in einem späteren Entscheid präzisiert, dass es sich dabei allerdings nur um Fälle von Freiheitsstrafen bis zu 21 Monaten handeln könne (BGE 127 IV 97, E. 3; BGer, Urteil 6S.262/2003 vom 19. Oktober 2003, E. 5.3; unv. Urteil 6S.539/1992 vom 27. Mai 1992); ein Nachteil dieser Praxis war jedoch, dass Gerichte in Fällen, die sich sonst innerhalb von 18 bis 21 Monaten befunden hätten, Strafen von 22 bis 24 Monaten aussprachen, um nicht durch höhere Instanzen auf 18 Monate hinunterkorrigiert zu werden, vgl. dazu BGE 134 IV 17, E. 3.5 «Die Praxis zum alten Recht hat teilweise dazu verleitet, eine Freiheitsstrafe von 22 oder gar 24 Monaten zu verhängen, obwohl eine kürzere, aber über 18 Monate liegende Strafe auch angemessen gewesen wäre [...]»; vgl. dazu auch HÄRRI, ZStrR 1998, 213; HUG, forumpoenale 2008, 232; NAY, ZStrR 1994, 181 ff.; REHBERG⁷, 74; WIPRÄCHTIGER, ZStrR 1996, 431 ff; krit. zu dieser Praxis TRECHSEL/P. NOLL⁶, 30.

1534 BGE 134 IV 17, E. 3.5; s. dazu auch hinten I.D.2.d.a2.

1535 BGE 134 IV 17, E. 3.6; BGer, Urteil 6B_405/2011 vom 24. Januar 2012, E. 5.5.

werden kann. Durch diesen Einbezug einer Legalprognose ist jedoch das Verhängen einer «Unterschuldstrafe» erschöpft. Entscheidet sich das Gericht in einem konkreten Fall nämlich dazu, dass der Vollzug einer Freiheitsstrafe von bis zu zwei Jahren (bzw. von bis zu drei Jahren für teilbedingt zu vollziehende Strafen) unbedingt ausgesprochen werden soll, hat es sich aus spezialpräventiven Gründen gegen eine Strafe unterhalb des eigentlichen Verschuldens entschieden. Die Anwendung einer – nennen wir sie «selbständigen» – Unterschuldstrafe, die in (spezial-)präventiver Hinsicht nicht nur auf den Strafmodus abstellt, wäre wohl lediglich bei Strafen über drei Jahren Freiheitsstrafe zu diskutieren, wo kein (teil-)bedingter Strafvollzug mehr ausgesprochen werden kann. Bei solchen Fällen wäre es theoretisch denkbar, im Rahmen der Strafzumessung i.e.S. als Ausgleich zur fehlenden Möglichkeit des bedingten Strafvollzugs eine Sanktion unterhalb des der Schuld entsprechenden Masses zu verhängen (im Grenzbereich von 24 bzw. 36 Monaten könnte eine Unterschuldstrafe – im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung – wiederum die Möglichkeit eines bedingten bzw. teilbedingten Strafvollzugs eröffnen).

Unterschuldstrafen oberhalb des Grenzwerts des (teil-)bedingten Strafvollzugs kann jedoch wiederum entgegengehalten werden, dass der Gesetzgeber im Rahmen der Revision des Allgemeinen Teils mit der Grenze von drei Jahren Freiheitsstrafe wohl bei konkreten Taten mit höheren Strafen eine spezialpräventive Berücksichtigung von Resozialisierungsfaktoren unterhalb der noch tatangemessenen Schuld verhindern wollte.¹⁵³⁶ Das Gesetz enthielt entsprechend selbst diejenigen Fallkonstellationen, in denen es eine Unterschuldstrafe zulassen wollte.¹⁵³⁷ Auch die Botschaft zum Strafgesetzbuch von 1998 bekundete im Vergleich zum Vorentwurf von 1993 grössere Zurückhaltung zur Frage der Unterschuldstrafe: Das vom Verschulden begrenzte Strafmass «braucht somit nicht ausgeschöpft zu werden, wenn eine gelindere Strafe den Täter voraussichtlich von weiteren Straftaten abzuhalten

1536 BGE 134 IV 17, E. 3.3 («Bei Freiheitsstrafen von mehr als drei Jahren kommt nur der vollständige Vollzug in Frage. Auch die relativ flexible Regelung im neuen Sanktionensystem sieht somit notwendigerweise objektive und starre Grenzen vor. Der Gesetzgeber hat diese [...] neu festgesetzt in der offenkundigen Meinung, dass damit der Bereich des Vorranges spezialpräventiver Gesichtspunkte klar umschrieben wird [...]»); so auch schon REHBERG⁷, 75, zum alten Recht; erschwerend hinzu kommt der Umstand, dass gem. Art. 43 Abs. 1 StGB das Gericht den Vollzug einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr und höchstens drei Jahren teilweise aufschieben kann, wenn dies notwendig ist, um dem Verschulden des Täters genügend Rechnung zu tragen. Geht man davon aus, dass damit das Verschulden i.S.v. Art. 47 StGB gemeint ist, ergeben sich daraus unvermeidliche Abgrenzungsprobleme zur Strafzumessung i.e.S. (m.w.H. JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 159); vgl. dazu eingehend hinten I.D.2.d.

1537 Vgl. auch DUBS, ZStW 1982, 167.

vermag»,¹⁵³⁸ Diese Formulierung – welche durch den Gebrauch des Begriffs «ausgeschöpft» gleichzeitig auch ein Hinweis auf die Spielraumtheorie ist – gibt wohl zu verstehen, dass die untere Begrenzung der noch schuldangemessenen Strafe gewahrt werden soll.¹⁵³⁹

Zwar äusserte sich das Bundesgericht in einem späteren Entscheid ebenfalls dahingehend, dass «bei Freiheitsstrafen von mehr als drei Jahren [...] nur der vollständige Vollzug in Frage [komme...]» und kein Raume bleibe, «um besonderen Anliegen eines Täters entgegenzukommen», es liess aber eine Hintertür offen, als es festhielt, dass damit jedoch nicht ausgeschlossen werde, «die Folgen einer unbedingten Freiheitsstrafe in die Würdigung mit einzubeziehen. [...] Dass der Verurteilte durch die Verbüssung einer Freiheitsstrafe aus einem günstigen Umfeld herausgerissen wird, kann sich deshalb im einzelnen Fall nach wie vor strafmindernd auswirken und zur Folge haben, dass die auszufällende Strafe unter der schuldangemessenen Strafe liegt.»¹⁵⁴⁰ Nicht zuletzt hat das Bundesgericht auch wiederholt darauf hingewiesen, dass das Strafrecht nicht in erster Linie der Vergeltung, sondern der Verbrechensverhütung diene,¹⁵⁴¹ womit es ebenfalls den (positiven) spezialpräventiven Zweckgedanken hervorhebt, der einer Unterschuldstrafe zugrunde liegt. Dies lässt darauf schliessen, dass das Bundesgericht eine Unterschuldstrafe in gewissen *Ausnahmefällen* als zulässig erachtet.¹⁵⁴² Eine solche Auslegung ist zustimmungswürdig, weil die Schuldstrafe folgerichtig nicht Selbstzweck darstellt.¹⁵⁴³ Kann somit das Ziel der Wiederherstellung der Rechtsordnung und der Bekräftigung ihrer Geltung auch mit einer Strafe unterhalb des Verschuldens erreicht werden, muss das Aussprechen einer Sanktion unterhalb des Schuldrahmens

1538 Botschaft, BBl 1999 II, 2060.

1539 STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 71; so auch der deutsche Bundesgerichtshof in BGH, Urteil 2StR 355/80 vom 17. September 1980; vgl. auch HORN, in: FS Schaffstein, 246; SCHAFFSTEIN, in: FS Gallas, 105.

1540 BGE 134 IV 17, E. 3.4; BGer, Urteil 6B_418/2018 vom 28. September 2018, E. 3.3 («*La perspective que l'exécution d'une peine privative de liberté puisse détacher le condamné d'un environnement favorable peut ainsi, selon les circonstances concrètes du cas, déployer un effet atténuant et conduire au prononcé d'une peine inférieure à celle qui serait proportionnée à sa culpabilité [...]*»); dazu auch HUG, forumpoenale 2008, 233; s. aber auch BGE 118 IV 342, E. 2f («*Unstatthaft ist [die Verhängung einer Strafe, deren Dauer den bedingten Vollzug zulässt,] nur dann, wenn diese Strafe dem Verschulden nicht mehr gerecht wird [...]*»).

1541 BGE 143 IV 1, E. 5.4.1; 129 IV 161, E. 4.2.

1542 Deziert dagegen hingegen der BGH: «*Grundlage für die Zumessung der Strafe unter Berücksichtigung ihrer verschiedenen Funktionen ist die Schuld des Täters. Von ihrer Bestimmung als gerechter Schuldausgleich darf sich die Strafe weder nach oben noch nach unten inhaltlich lösen [...]*» (BGH, Urteil 1StR 423/70 vom 27. Oktober 1970).

1543 Vgl. auch BSK StGB⁴-BOMMER, Vor Art. 19 N 47; DERS, ZStrR 2017, 382.

möglich sein. Dies ergibt sich auch aus dem bereits abgehandeltem Verhältnismässigkeitsprinzip, wonach eine Strafe (in einer gewissen Höhe) nur angebracht ist, wenn diese zur Erzielung präventiver Ziele im Sinne des Rechtsgüterschutzes geeignet, erforderlich und verhältnismässig i.e.S. wäre.¹⁵⁴⁴ Auch die Botschaft hält fest, dass der Staat durch den Verhältnismässigkeitsgrundsatz verpflichtet sei, eine weniger einschneidende, aber ebenso wirksame Sanktionen anzuwenden und «die nachteiligen Wirkungen einer Strafe so gering wie möglich zu halten».¹⁵⁴⁵ Eine demnach zulässige ausnahmsweise Unterschreitung des Schulrahmens käme so etwa in gewissen Fällen zum Tragen, in denen durch einen überlangen Freiheitsentzug die Gefahr einer starken Entsozialisierung des Täters drohen würde.¹⁵⁴⁶ Für die Möglichkeit einer Unterschuldstrafe spricht sodann auch, dass Art. 49 Abs. 3 VE-StGB/1993 insb. deshalb gestrichen wurde, weil die einhellige Meinung bestand, dass eine dadurch zum Ausdruck gebrachte Strafempfindlichkeit bereits bei der Frage der persönlichen Verhältnisse bzw. bei der Wirkung der Strafe auf das künftige Leben des Täters – und damit bei Art. 49 Abs. 1 VE-StGB/1993 bzw. Art. 47 Abs. 1 StGB – berücksichtigt werde.¹⁵⁴⁷ Folgte man dieser Argumentation, so wäre eine Unterschreitung des Schulrahmens in Ausnahmefällen auch gestützt auf Art. 47 Abs. 1 StGB denkbar.¹⁵⁴⁸ Hinsichtlich einer Vereinbarkeit mit der gesetzlichen Bestimmung ist nicht zuletzt auch darauf hinzuweisen, dass sich die Begründung einer Unterschuldstrafe weit weniger problematisch präsentiert, als dies etwa bei einem höheren Strafmass aufgrund einer Schuldüberschreitung der Fall wäre; eine niedrigere Strafe wirkt sich nämlich als geringerer Grundrechtseingriff zugunsten der betroffenen Person aus.¹⁵⁴⁹

Es stellt sich aber in der Folge die Frage, *wie weit* durch spezialpräventive Umstände zwecks Resozialisierung eine Unterschreitung des Schulrahmens möglich ist. Unterstützenswert ist der Lösungsvorschlag, gemäss dem eine solche Unterschreitung durch die Strafhöhe – im Sinnes eines Minimums an Strafe – begrenzt werden soll, die gerade noch erreicht werden muss (und damit auch verhältnismässig ist), um noch einen (positiven) generalpräventiven

1544 Vgl. vorne I.D.2.a.a1.v.; HAAG (1970), 31; KASPAR, in: Juristentag, C91.

1545 Botschaft, BBl 1999 II, 2043.

1546 Vgl. ROXIN, in: FG Schultz, 474 ff.

1547 Botschaft, BBl 1999 II, 2061; Zusammenfassung Vernehmlassung 1995, 13; m.w.H. vorne I.C.7.c.

1548 Für die Möglichkeit der Unterschuldstrafe auch GERMANIER (2019), 114 ff.; CR CP I²-QUELOZ/MANTELLI-RODRIGUEZ, Art. 47 N 85; STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 73; vgl. auch S/S³⁰-KINZIG, Vor §§ 38 ff. N 21; B.-D. MEIER⁵, 171; ROXIN, in: FS Bruns, 197; DERS., in: FG Schultz, 473; HK StGB⁴-WOHLERS, Art. 47 N 22.

1549 Vgl. SSW StGB⁵-ESCHELBACH, § 46 N 16; KASPAR, in: Juristentag, C29.

Minimalvorbehalt zu gewährleisten.¹⁵⁵⁰ Dies bedeutet, dass eine Strafe nicht so tief ausfallen darf, dass eine Ungleichbehandlung aufgrund spezialpräventiver Privilegierung von der Gesellschaft nicht mehr toleriert und dadurch die Bekräftigung der Normgeltung nicht (mehr) erreicht würde.¹⁵⁵¹ Dass verschiedene Studien aufgezeigt haben, dass der positiv-generalpräventive Effekt die Bevölkerung schon bei Strafen an der unteren Grenze der möglichen Schwere-skala beeinflusst und keine Steigerung der präventiven Ansprechbarkeit durch ein erhöhtes Strafmass erreicht werden kann, wurde bereits aufgezeigt.¹⁵⁵²

Diese Auslegung dürfte auch der höchstrichterlichen Rechtsprechung¹⁵⁵³ entsprechen, wenn das Bundesgericht festhält, dass das urteilende Gericht sich die Frage zu stellen hat, ob die Strafe, «welche die Grenze [von 24 bzw. 36 Monaten] nicht überschreitet, noch vertretbar ist». Die Verwendung des Wortes «vertretbar» anstatt «noch schuldangemessen» lässt darauf schliessen, dass das Bundesgericht eine Strafe noch für angemessen erachtet, die als mildestes Mittel noch geeignet erscheint, dem Zweck der Sicherung der gesellschaftlichen Friedensordnung nicht zuwiderzulaufen. Diese Strafe kann sich zwar unterhalb des konkreten Schuldrahmens befinden, darf sich jedoch nicht unterhalb des Masses des erwähnten positiv-generalpräventiven Minimalvorbehalts begeben.¹⁵⁵⁴ Damit wird auch der bundesgerichtlichen Rechtsprechung Nachachtung verschafft, dass grundsätzlich der Spezial- vor der Generalprävention insofern der Vorrang einzuräumen ist, als Letztere nicht in messbarer Weise eingeschränkt wird.¹⁵⁵⁵ Schliesslich findet sich ein Hinweis

1550 Vgl. HAAG (1970), 31; HORSTKOTTE, JZ 1970, 124; MK⁴-MAIER, § 46 N 50; B.-D. MEIER⁵, 171; ROXIN, in: FS Müller-Dietz, 706; DERS., in: FG Schultz, 478, redet vom Minimalvorbehalt der «Verteidigung der Rechtsordnung»; vgl. auch KASPAR, in: Juristentag, C 30 f.

1551 MK⁴-MAIER, § 46 N 50; B.-D. MEIER⁵, 171; ROXIN, in: FG Schultz, 477 f.; BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 65, 79; vgl. auch HAAG (1970), 31; KASPAR, in: Juristentag, C 30 f.; MAHEIM, in: Kuhn et al., 236 f.

1552 Vgl. vorne I.B.2.c.; s.a. BOMMER/STRATENWERTH, in: FS Wiprächtiger, 20; K. SEELMANN, ZStW 1989, 344; SINGELNSTEIN/KUNZ⁸, § 20 N 17.

1553 BGE 134 IV 17, E. 3.5.

1554 A.M. ROXIN, in: FG Schultz, 480 Fn. 40, wonach es feste – generalpräventiv motivierte – Grenzen geben solle, da eine Strafe durch eine Schuldunterschreitung etwa nicht in einen Bereich fallen dürfe, wo im Rahmen der noch schuldangemessenen Strafe z.B. eine andere Strafart ausgesprochen werden könnte (z.B. alternativ die Möglichkeit des Verhängens einer Geldstrafe anstatt nur einer Freiheitsstrafe).

1555 Vgl. BGE 134 IV 1, E. 5.4.1 («[...] ist zu berücksichtigen, dass im Konfliktfall ein Vorrang der Generalprävention spezialpräventive Ziele zu vereiteln droht, die Bevorzugung der Spezialprävention hingegen die generalpräventiven Wirkungen einer Sanktion nicht zum Vorneherein ausschliesst, sondern höchstens in einer schwer messbaren Weise abschwächt [...]»); 129 IV 161, E. 4.2; 124 IV 246, E. 2b; 118 IV 342, E. 2g («[...] ist der Verhütung weiterer strafbarer Handlungen beim konkreten Täter vor der allgemeinen Verbrechensbekämpfung, mit anderen Worten der Spezial- vor der Generalprävention der Vorrang einzuräumen [...]»);

auf den positiv-generalpräventiven Minimalvorbehalt auch beim Strafmilderungsgrund des Zeitablauf nach Art. 48 lit. e StGB, da hier die Strafe insofern tiefer angesetzt werden kann, als das allgemeine Strafbedürfnis – im Sinne der positiven Generalprävention – herabgesetzt ist bzw. im Umkehrschluss für den bestehenden Rest der Strafhöhe noch besteht.¹⁵⁵⁶

Im Ergebnis ist somit festzuhalten, dass der Schuldrahmen in einem Grossteil der Fälle auch nach unten nicht unterschritten werden darf; die Schuld hat insofern auch eine strafbestimmende Funktion inne. In Ausnahmefällen sollte es dem Gericht aber auch möglich sein, eine Strafe aus Gründen der Resozialisierung unterhalb der noch schuldangemessenen Grenze festzusetzen, sofern hierdurch das positiv-generalpräventive Minimum noch gewahrt wird. In der Praxis ist Letzteres selbstverständlich nur schwerlich zu eruieren, weshalb die vorgehenden Ausführungen vornehmlich theoretischer Natur sind. Nichtsdestoweniger sollen auch sie einen Beitrag zu einer transparenteren Strafzumessungspraxis liefern. Im Idealfall sollte sich die Frage der Unterschuldstrafe jedoch gar nicht stellen, da in einem solchen Fall das positiv-generalpräventive Minimum genau dem gerade noch verschuldensadäquaten Strafmass entspräche.

a5. Zwischenfazit

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass bei der Strafzumessung gemäss dem Schweizerischen Strafgesetzbuch die Schuld im Sinne des strafzumessungsrechtlichen Verschuldens den wichtigsten finalen Strafzumessungsgrund darstellt. Das Verschulden wird in Art. 47 StGB auch explizit als Hauptzumessungsgrund genannt. Im Rahmen der Strafzumessung übernimmt die Schuld dabei mehrere Aufgaben. Sie wirkt unbestrittenermassen strafbegründend und strafbegrenzend. Umstritten ist jedoch ihre strafbestimmende Wirkung. Wie aufgezeigt werden konnte, stellt der Ausgleich von Schuld für sich alleine keine Staatsaufgabe dar. Der Staat muss vielmehr das friedliche Zusammenleben seiner Bürger sichern und dafür den Rechtsgüterschutz gewährleisten. Dabei handelt es sich um eine präventive Intention, da ein zukünftiges Ziel verringerter Kriminalität entweder durch Einwirkung auf den Täter oder die Allgemeinheit angestrebt wird. Gemäss vorliegender Ansicht bestimmt das Verschulden nach Art. 47 StGB durch die Vorgabe eines Schuldrahmens bei der (asymmetrischen) Spielraumtheorie grundsätzlich das Strafmass, das innerhalb des Schuldrahmens durch positiv-spezial- und general-

BGer, Urteil 6B_214/2007 vom 13. November 2007, E. 5.10.1; vgl. auch PIGNAT/KUHN, ZStrR 2004, 255.

1556 Vgl. vorne I.D.1.c.a1.viii.

präventive Zwecke beeinflusst werden kann. In Ausnahmefällen ist auch eine Strafe aus Resozialisierungsgründen unterhalb der Verschuldensgrenze denkbar, sofern gleichzeitig das positiv-generalpräventive Mindestbedürfnis der Normbestätigung nicht unterschritten wird. Eine Strafe muss somit auch im Falle des Unterschreitens des Schuldrahmens noch geeignet sein, den gesellschaftlichen Rechtsfrieden zu wahren resp. wiederherzustellen.

Mit den vorgehenden Ausführungen schliesst das Kapitel über die finalen Strafzumessungsgründe, die dem Gericht ein dogmatisches Fundament für seine Strafzumessungsentscheide bieten sollen. Die nachfolgenden realen Zumessungsgründe zeigen nun in einem nächsten Schritt auf, wie im konkreten Einzelfall insb. die Höhe des Verschuldens festgestellt werden kann und soll.

b. Reale Strafzumessungsgründe – Ermittlung der Strafzumessungstatsachen

Bei den realen Strafzumessungsgründen handelt es sich um diejenigen Umstände der Tat und des Täters, die für die konkrete Zumessung der Strafe relevant sind.¹⁵⁵⁷ Eine Strafzumessung allein aufgrund finaler Strafzumessungsgründe wäre gar nicht denkbar, denn es fehlt an einer auf den Täter und seine Tat abgestimmten Individualisierungsmöglichkeit. Trotz ihrer für die Strafzumessung eigenständigen Bedeutung orientieren sich die Strafzumessungstatsachen an den zuvor untersuchten finalen Strafzumessungsfaktoren.¹⁵⁵⁸ Sie sind entsprechend diejenigen «realen» Umstände, welche die finalen Faktoren, d.h. die Höhe des Verschuldens – und wie besehen zu einem gewissen Grad auch präventive Überlegungen – individuell bestimmen und auf die sich das Gericht im Einzelfall abstützen kann.¹⁵⁵⁹ Das Gericht führt bei der Urteilsfindung eine Abwägung der jeweils einschlägigen Strafzumessungstatsachen, die für oder gegen den Täter sprechen, durch und legt in einem weiteren Schritt schliesslich die Höhe der Strafe fest.¹⁵⁶⁰ Art. 47 StGB enthält gemäss der Marginalie den Grundsatz der Strafzumessung. Wie dargelegt wurde, hat das Gericht gem. Abs. 1 die Strafe nach dem Verschulden des Täters zuzumessen. Deren Höhe wird anhand der ebenfalls in Art. 47 StGB aufgeführten Strafzumessungsgründe bestimmt, die sich nach Lehre und konstanter Rechtsprechung in *Täterkomponenten* oder *täterbezogene Strafzumessungskriterien* (Abs. 1, u.a. Vorleben, persönliche Verhältnisse) und die *Tatkomponenten* oder

1557 ARZT, recht 1994, Rz. 10; SPENDEL (1954), 198.

1558 SPENDEL (1954), 198; STAHL (2015), 20.

1559 Vgl. vorne I.D.2.a.; StGB PK⁴-TRECHSEL/M. SEELMANN, Art. 47 N 9, 18 ff.; s.a. SPENDEL (1954), 200.

1560 Vgl. hinten I.D.2.c.

tatbezogene Strafzumessungskriterien (Abs. 2) aufteilen lassen.¹⁵⁶¹ Letztere geben Auskunft darüber, was sich für die Verschuldenshöhe direkt aus der Tat ableiten lässt, während die Täterkomponenten anzeigen sollen, was sich «aus der Person des Täters an Verschulden ergibt».¹⁵⁶² Die Tatkomponenten lassen sich wiederum in eine objektive und eine subjektive Seite einteilen, wobei die subjektive Seite der Tatkomponenten und die Täterkomponenten Berührungspunkte aufweisen.¹⁵⁶³ Die Tatkomponenten fungieren im Sinne einer Legaldefinition des Verschuldensbegriffs und geben die höchstrichterliche Definition wieder, die das Bundesgericht bereits vor der Revision des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuchs aufgestellt hatte.¹⁵⁶⁴ Insbesondere bei den Täterkomponenten ist teilweise umstritten, ob sie sich wirklich auf die Höhe des Verschuldens beziehen oder ob sie nicht eher (spezial-)präventive Gesichtspunkte betreffen und daher etwa in dem zuvor dargelegten Schema der Spielraumtheorie erst – wenn überhaupt – im Rahmen der konkret noch schuldangemessenen Strafe berücksichtigt werden sollten.¹⁵⁶⁵ Auf diese Problematik ist nachfolgend bei den einzelnen Strafzumessungstatsachen gesondert einzugehen. Erschwerend kommt schliesslich hinzu, dass sich bestimmte Umstände nicht eindeutig den Tat- oder Täterkomponenten zuordnen lassen.¹⁵⁶⁶

Es gibt für die innerhalb des Strafrahmens zu berücksichtigenden strafmindernden oder -erhöhenden Gesichtspunkte dabei keinen *numerus clausus* der zulässigen Kriterien, Art. 47 StGB enthält denn auch keine abschliessende Aufzählung.¹⁵⁶⁷ Neben den von Art. 47 StGB aufgeführten Umständen ist jede Erwägung zulässig, die sich auf ethische Grundprinzipien der Gesellschaft zurückführen lässt.¹⁵⁶⁸ Das Bundesgericht nennt als weitere ungeschriebene

1561 BGE 141 IV 61, E. 6.1.1; 135 IV 130, E. 5.4; 129 IV 6, E. 6.1; 117 IV 112, E. 1; BGer, Urteil 6B_1038/2017 vom 31. Juli 2018, E. 2.4; CUENDET/GENTON, *forum poenale* 2017, 323; NAY, ZStrR 1994, 176; PAREIN (2010), 129; PC CP², Art. 47 N 13; STOECKLIN (1971), 72; STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 16; vgl. auch BGE 134 IV 17, E. 2.1; BGer, Urteil 6B_1207/2014 vom 25. November 2015, E. 2.1; ARZT, *recht* 1994, Rz. 44.

1562 STOECKLIN (1971), 72.

1563 BGer, Urteil 6B_1207/2014 vom 25. November 2015, E. 2.1; NAY, ZStrR 1994, 176; StGB PK⁴-TRECHSEL/M. SEELMANN, Art. 47 N 2; STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 16 ff.; BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 90; vgl. auch CUENDET/GENTON, *forum poenale* 2017, 323; KILLIAS et al.², Rz. 1210.

1564 Siehe etwa BGE 117 IV 112, E. 1; Komm. StGB²-KELLER, 43; StGB PK⁴-TRECHSEL/M. SEELMANN, Art. 47 N 20; HK StGB⁴-WOHLERS, Art. 47 N 7.

1565 Vgl. vorne I.D.2.a.a3.ii.

1566 JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 102.

1567 BGE 135 IV 130, E. 5.4; 117 IV 112, E. 1; JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 101; KILLIAS et al.², Rz. 1210, 1214; PC CP², Art. 47 N 13; STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 17.

1568 KILLIAS et al.², Rz. 1212; eine Ausnahme davon ist das sog. Doppelverwertungsverbot, s. dazu hinten II.

Kriterien etwa regelmässig das Verhalten des Täters nach der Tat sowie im Strafverfahren.¹⁵⁶⁹ Ferner handelt es sich bei den schon erläuterten Strafmilderungs- und Schärfungsgründen um Strafzumessungsgründe, die der Gesetzgeber bereits hinsichtlich ihrer Bewertungsrichtung gesetzlich festgelegt hat und die entsprechend strafmindernde oder -erhöhende Auswirkungen zeitigen können.¹⁵⁷⁰ Im Folgenden sollen zuerst die Tatkomponenten einer genaueren Untersuchung unterzogen werden. Danach werden die Täterkomponenten näher beleuchtet und eine Abgrenzung von den zu berücksichtigenden (spezial-)präventiven Umständen vorgenommen.

Zuvor wurde bereits aufgezeigt, dass bei der Strafzumessung zuerst der Strafraum festgelegt werden muss, innerhalb dessen in einem weiteren Schritt die Strafzumessung i.e.S. vorzunehmen ist.¹⁵⁷¹ Zwar findet sich die Bestimmung von Art. 47 StGB im Gesetz noch vor den Strafmilderungsgründen (Art. 48 und 48a StGB) und dem Strafschärfungsgrund der Konkurrenz (Art. 49 StGB), jedoch sprechen die Logik des Zumessungsvorgangs und die Vorgehensweise der Praxis für den hier vorgezeigten Aufbau. Das Gericht muss nämlich zwecks Straffestsetzung zuerst wissen, in welchem Rahmen es sich bewegen kann.¹⁵⁷²

a1. Tatbezogene Strafzumessungskriterien

Bei der Umschreibung der Tatkomponenten in Art. 47 Abs. 2 StGB handelt es sich, wie erwähnt, grundsätzlich um eine Kodifizierung der bis anhin vorliegenden Praxis.¹⁵⁷³ Die Tatkomponenten weisen objektive sowie subjektive Momente auf.¹⁵⁷⁴ Sie betreffen einerseits den *Erfolgsunwert*, wie das vom Täter zu verantwortende Ausmass des Taterfolgs bzw. der Gefährdung und die Art und Weise der Herbeiführung, und andererseits den *Handlungsunwert*, wie etwa die Intensität des deliktischen Willens oder die Beweggründe des Täters, wodurch der – gesetzlich als Kriterium genannte – Grad seiner Freiheit, normgemäss zu handeln, angesprochen wird.¹⁵⁷⁵ Die Intensität des deliktischen Willens wird zwar in Art. 47 Abs. 2 StGB nicht explizit genannt,

1569 Siehe etwa BGE 129 IV 6, E. 6.1 («Die *Täterkomponente* umfasst das Vorleben, die persönlichen Verhältnisse sowie das Verhalten nach der Tat und im Strafverfahren»).

1570 Vgl. vorne I.D.1.c.

1571 Siehe vorne I.D.1.c.

1572 JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 100.

1573 Vgl. etwa BGE 122 IV 241, E. 1; 118 IV 21, E. 2; STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 18.

1574 STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 18; StGB PK⁴-TRECHSEL/M. SEELMANN, Art. 47 N 2.

1575 STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 18; StGB PK⁴-TRECHSEL/M. SEELMANN, Art. 47 N 17, 22; vgl. auch BKK⁷⁰-FISCHER, § 46 N 6; HÖRNLE (1999), 195 ff.; B.-D. MEIER⁵, 191; SCHÄFER/SANDER/VANGEMMEREN⁶, Rz. 577 ff.

jedoch kommt ihr als tatbezogenes Kriterium in der Rechtsprechung eine grosse Bedeutung zu.¹⁵⁷⁶

i. Schwere der Verletzung oder Gefährdung des betroffenen Rechtsguts

Die in Art. 47 Abs. 2 StGB erwähnte «Schwere der Verletzung oder Gefährdung des betroffenen Rechtsguts» wird, vereinfacht ausgedrückt, als der vom Täter verschuldete objektive Erfolg (Erfolgsunwert) bzw. als das Ausmass der Gefährdung bezeichnet.¹⁵⁷⁷ Das Verschulden ist demnach umso grösser, je intensiver sich das unter Strafe gestellte Unrecht verwirklicht hat und je höher das betroffene Rechtsgut hierarchisch steht.¹⁵⁷⁸ Im Falle einer einfachen Körperverletzung nach Art. 123 StGB kommt es so etwa darauf an, ob der Erfolg eher in der Nähe einer Tätlichkeit nach Art. 126 StGB oder einer schweren Körperverletzung nach Art. 122 StGB liegt.¹⁵⁷⁹ Keine Abgrenzungsmöglichkeit bietet sich jedoch bei Delikten, die – mit Ausnahme von mehrfacher Tatbegehung – keine Quantifizierung erlauben. Bei einer Tötung ist der Erfolg entsprechend kein aussagekräftiges Kriterium für die Beurteilung der Verschuldenshöhe im Vergleich zu anderen Tötungsdelikten.¹⁵⁸⁰ Anders ist dies wiederum bei Vermögensdelikten, bei denen der jeweilige Deliktsbetrag berücksichtigt wird, oder bei den Betäubungsmitteldelikten, wo die Drogenmenge eine Rolle spielt.¹⁵⁸¹ Obwohl der Erfolg in Art. 63 StGB/1937 nicht explizit als Zumesungskriterium aufgeführt war, wurde dessen Berücksichtigung bereits im

1576 STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 25; StGB PK⁴-TRECHSEL/M. SEELMANN, Art. 47 N 22.

1577 BGE 129 IV 6, E. 6.1; 104 IV 35, E. 2a; DUBS, in: FG SJ, 12; GETH⁷, Rz. 613; GISEL-BUGNION (1978), 72 ff., 97; OFK StGB²¹-HEIMGARTNER, Art. 47 N 8; JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 103; PC CP², Art. 47 N 14; REHBERG⁷, 67; StGB PK⁴-TRECHSEL/M. SEELMANN, Art. 47 N 20; HK StGB⁴-WOHLERS, Art. 47 N 8.

1578 P. ALBRECHT, SJZ 1983, 267; JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 103; PAREIN (2010), 131; PC CP², Art. 47 N 15; REHBERG⁷, 67; AK StGB-SIMMLER/SELMAN, Art. 47 N 12; STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 19.

1579 JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 103.

1580 BGer, Urteil 6B_1038/2017 vom 31. Juli 2018, E. 2.6.1 («Der mit der Tötung als solcher verbundene Unrechtsgehalt kann [...] – anders als etwa bei einer Körperverletzung – nicht abgestuft werden. Insoweit ist aus der Rechtsgutverletzung allein vorliegend nichts für die Strafzumessung abzuleiten [...]»); JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 104; AK StGB-SIMMLER/SELMAN, Art. 47 N 16.

1581 BGE 143 IV 130, E. 3.3; 139 IV 161, E. 2.6; 118 IV 342, E. 2b; 75 IV 105 (Erwägungen unnummeriert, «durch die Grösse des verursachten Schadens wird bei den Vermögensdelikten in der Regel das Verschulden mitbeeinflusst, nach dem gemäss Art. 63 StGB die Strafe zu bemessen ist [...]»); BGer, Urteil 6B_858/2008 vom 20. Mai 2009, E. 4.3.4; GETH⁷, Rz. 613; JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 103; CR CP I²-QUELOZ/MANTELLI-RODRIGUEZ, Art. 47 N 15 f.; REHBERG⁷, 67; StGB PK⁴-TRECHSEL/M. SEELMANN, Art. 47 N 20; AK StGB-SIMMLER/SELMAN, Art. 47 N 14 f.; VON WERDT (1956), 37; WIPRÄCHTIGER, ZStR 1996, 434; HK StGB⁴-WOHLERS, Art. 47 N 8.

damaligen Gesetzgebungsverfahren als offensichtlich vorausgesetzt.¹⁵⁸² Diese Ansicht war auch in der damaligen Lehre vorherrschend.¹⁵⁸³

Ogleich die Schwere der Verletzung oder Gefährdung des betroffenen Rechtsguts nur eine der Tatkomponenten darstellt, bildet sie für das Gericht die eigentliche *Ausgangsbasis* der Strafzumessungsentscheidung.¹⁵⁸⁴ Dies mag auf den ersten Blick erstaunen, handelt es sich beim schweizerischen Strafrecht doch weiterhin um ein Schuld- und nicht ein Erfolgsstrafrecht.¹⁵⁸⁵ Es fragt sich entsprechend, inwiefern der Erfolgswert mit dem Freiheitspielraum korreliert, den der Täter zum Zeitpunkt der Tatbegehung innehatte. Dazu ist grundsätzlich einmal festzuhalten, dass der deliktische Erfolg einer Tat trotz vergleichbarem Entscheidungsspielraum unterschiedlich gross sein kann und damit (auch) vom Zufall abhängt. Bei einem Dieb, der einen Tresor öffnet, spielt für die Strafhöhe somit eine Rolle, wie viel Geld er dort vorfindet, für den unvorsichtigen Autofahrer, der ein riskantes Überholmanöver durchführt, ist es für die Strafe entscheidend, ob zufällig ein anderes Fahrzeug entgegenkommt, mit dem er kollidiert und dessen Fahrer tödlich verunglückt.¹⁵⁸⁶ Damit wird einem vor Augen geführt, dass es bei der Strafzumessung nicht allein um den Freiheitsspielraum des Täters geht, sondern auch eine personenunabhängige Orientierung am jeweils bewirkten Unrecht stattfindet.¹⁵⁸⁷ Oder anders ausgedrückt: Bei vergleichbarem Freiheitsspielraum bestimmt sich das Mass des Verschuldens *auch* nach der Schwere des (schuldhaft) begangenen Delikts.¹⁵⁸⁸ Dies zeigt sich bereits daran, dass, wie erwähnt, der Gesetzgeber durch die unterschiedlichen Strafandrohungen schon eine Differenzierung des Unrechtsgehalts der verschiedenen Delikte gestützt auf die jeweils geschützten Rechtsgüter vorgenommen hat und diese

1582 So führte STOOSS aus, dass dies selbstverständlich sei und sich aus dem Wort «*auch*» im Gesetzestext ergebe, Votum Stooss, Verhandlungen-I/1896, 243; auch ZÜRCHER hielt fest, dass der Erfolg sehr wohl zu berücksichtigen sei, aber nur soweit er verschuldet sei, Votum Zürcher, Protokoll-I/1912, 361; s.a. Votum Gretener, Verhandlungen-I/1896, 243.

1583 DUBS, in: FG SJ, 12 f.; StGB KK¹, Art. 63 N 10; PETRZILKA (1942), 88 f.; SCHERTENLEIB (1949), 56 («*Ogleich der objektive Erfolg in der strafbaren Handlung in Art. 63 nicht besonders angeführt ist, wird man ihm ebenfalls Berücksichtigung schenken müssen [...]»*); SCHWANDER¹, Rz. 427 («*[...] bei gleicher Freiheit die Schuld umso schwerer wiegt, je grösser das begangene Unrecht ist [...]»*); STRATENWERTH AT II¹, § 7 N 18; THORMANN/VON OVERBECK (1940), Art. 63 N 6; dagegen etwa HUTH, ZStrR 1942, 63.

1584 JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 103.

1585 Vgl. CR CP I²-QUELOZ/MANTELLI-RODRIGUEZ, Art. 47 N 14.

1586 P. ALBRECHT, SJZ 1983, 267; vgl. auch HÖRNLE, JZ 1999, 1082.

1587 P. ALBRECHT, ZStrR 2017, 460; DERS., SJZ 1983, 267; STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 13.

1588 SCHWANDER², Rz. 427; STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 13; vgl. auch HÖRNLE, JZ 1999, 1082 f.

Gesichtspunkte entsprechend in die Strafzumessung miteinfließen.¹⁵⁸⁹ Je nach Unrecht ist die Tatschuld daher von vornherein unterschiedlich hoch zu gewichten,¹⁵⁹⁰ wobei jedoch nicht vergessen werden darf, dass es sich dabei immer noch um *verschuldetes* Unrecht handeln muss.¹⁵⁹¹

Ein Grund, weshalb dem Erfolgsunwert bzw. dem Ausmass der Gefährdung ein solch grosser Stellenwert zukommt, ist wohl auch die Tatsache, dass der Erfolg einer Tat – neben dem Vorliegen von Vorstrafen¹⁵⁹² – grundsätzlich leicht eruiert werden kann und dem Gericht daher ein einfacher «objektiver» Massstab an die Hand gegeben wird, um einen Einstieg in die Strafzumessungserwägungen zu finden.¹⁵⁹³ Diese Praxis hat sich bedauerlicherweise teilweise dahingehend entwickelt, dass – insb. im Bereich der geringfügigeren Delikte – die Strafen oftmals *nur* auf den Erfolgsunwert, etwa auf die Drogenmenge oder den Deliktsbetrag, abgestützt werden.¹⁵⁹⁴ Mag dies auch im Lichte einer speditiven Erledigung einer grossen Anzahl von Fällen leichter Kriminalität teilweise verständlich erscheinen, muss auch in solchen Fällen darauf geachtet werden, dass die Betäubungsmittelmenge oder der Deliktsbetrag gleichwohl nur *einen* von verschiedenen relevanten Strafzumessungsfaktoren darstellt.¹⁵⁹⁵ Bei Gefährdungsdelikten wird sodann im gleichen Masse zur Ermittlung des «Gefahrenpotenzials» grundsätzlich (nur) darauf abgestellt, wie gross das Mass der Abweichung von einer jeweils betroffenen allgemeinen Verhaltensnorm ist.¹⁵⁹⁶ Bei Fahren in angetrunkenem Zustand ist etwa der Grad der Alkoholintoxikation massgebend, bei Geschwindigkeitsüberschreitungen deren Höhe.¹⁵⁹⁷

1589 P. ALBRECHT, ZStrR 2017, 460; DERS., SJZ 1983, 267; PETRZILKA (1942), 88; SCHULTZ AT II⁴, 75; STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 14; vgl. auch SIMMLER/WEDER, ZStrR 2019, 212; ZIPF (1977), 28; bei bestimmten (gesetzlichen) Strafzumessungsfaktoren lässt sich jedoch darüber streiten, ob sie effektiv gesteigertes Unrecht enthalten oder ob nicht präventive Erwägungen dahinterstecken, so etwa bei der bandenmässigen oder gewerbmässigen Tatbegehung, vgl. HÖRNLE, JZ 1999, 1083.

1590 Nach BIERBRAUER/HAFFKE, in: Hassemer/Lüderssen, 163, folgt die Schuldhöhe der Unrechtshöhe nach; vgl. auch P. ALBRECHT, ZStrR 2017, 461.

1591 HÖRNLE, JZ 1999, 1083; PETRZILKA (1942), 89.

1592 Vgl. hinten I.D.2.b.a2.i.

1593 Vgl. P. ALBRECHT, ZStrR 1991, 53; VON WERDT (1956), 37.

1594 P. ALBRECHT, ZStrR 1991, 53 ff.; BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 91 ff.; vgl. auch DUBS, in: FS Germann, 32.

1595 BGE 121 IV 202, E. 2d/cc («Die Betäubungsmittelmenge ist zwar, wie sich schon aus Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG ergibt, ein wichtiger Strafzumessungsfaktor, aber keineswegs von vorrangiger Bedeutung [...]»); 118 IV 342, E. 2c; JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 104 Fn. 220; SCHWANDER², Rz. 427; BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 94.

1596 JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 103; STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 19.

1597 JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 103; HK StGB⁴-WOHLERS, Art. 47 N 8; vgl. auch MOPPERT, ZStrR 1964, 405; BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 92.

ii. Art und Weise des Tatvorgehens

Zusätzlich zur Verursachung eines bestimmten Erfolgs spielt auch die Art und Weise, wie ein solcher herbeigeführt wurde, eine wesentliche – wenn nicht sogar eine grössere – Rolle für die Bestimmung der Verschuldenshöhe.¹⁵⁹⁸ Das Gesetz benutzt hierfür den Ausdruck der «Verwerflichkeit des Handelns». In einigen Fällen kann die Vorgehensweise bei der Tatausübung auch überhaupt erst strafbegründend sein, so etwa die *arglistige* Täuschung beim Betrug nach Art. 146 Abs. 1 StGB. In anderen Konstellationen führt die Art und Weise des Tatvorgehens zu einer Straferhöhung im Rahmen einer qualifizierten Tatbegehung (z.B. Mitführen einer Schusswaffe zwecks Raubs oder bandenmässiger Raub nach Art. 140 Ziff. 2 und 3 StGB) oder wirkt strafmindernd, etwa bei der Tötung aus Verlangen (Art. 114 StGB).

Bei Vorsatzdelikten kann grundsätzlich direkt auf die Art und Weise des Vorgehens des Täters und die dabei eingesetzten Mittel abgestellt werden.¹⁵⁹⁹ In der Praxis hat sich im Zusammenhang mit der Art und Weise des Tatvorgehens, dem angestrebten Erfolg und den Beweggründen – jedoch in uneinheitlicher Zuordnung unter diese unterschiedlichen Merkmale – der (unschöne) Begriff der «*kriminellen Energie*» etabliert.¹⁶⁰⁰ Diese richte sich danach, welche Anstrengungen der Täter unternahme, um die Tat zu begehen, wobei etwa zu berücksichtigen sei, wie intensiv er seinen Plan verfolge, welche Mittel er einsetze und welchen Aufwand er betreibe.¹⁶⁰¹ Beim Betrug sei so bspw. miteinzubeziehen, wie plump oder raffiniert die arglistige Täuschung gewesen sei, während bei Delikten gegen die physische oder psychische Integrität darauf abgestellt werden könne, welche Intensität der physische Zwang oder die Drohung des Täters erreicht habe.¹⁶⁰² Auch sieht die Rechtsprechung das Vorliegen erhöhter krimineller Energie etwa darin, dass der

1598 PAREIN (2010), 137; STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 21; HK StGB⁴-WOHLERS, Art. 47 N 9.

1599 BGE 136 IV 55, E. 5.4; BGer, Urteil 6B_788/2013 vom 15. November 2013, E. 1.3; 6B_828/2011 vom 26. Januar 2012, E. 1; PAREIN (2010), 137 f.

1600 BGE 129 IV 188, E. 3.2.1; 124 IV 34, E. 3b; BGer, Urteil 6B_1207/2018 vom 17. Mai 2019, E. 1.2; 6B_1159/2013 vom 3. Dezember 2014, E. 3.2; 6S.444/2005 vom 10. Februar 2006, E. 2; JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 105; MATHY², Rz. 148; StGB PK⁴-TRECHSEL/M. SEELMANN, Art. 47 N 21; s.a. BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 107.

1601 Vgl. BGE 96 IV 155, E. III.1; BGer, Urteil 6S.444/2005 vom 10. Februar 2006, E. 2; MATHYS², Rz. 148; PAREIN (2010), 138; BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 108.

1602 BGE 135 IV 76, E. 5.2; BGer, Urteil 6S.444/2005 vom 10. Februar 2006, E. 2 («*Wesentlich ins Gewicht fällt neben der Vielzahl der Straftaten die rücksichtslose Gewalttätigkeit bei den Raubüberfällen und damit die kriminelle Energie [...]*»); JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 105; PAREIN (2010), 138; PC CP², Art. 47 N 19; STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 22; HK StGB⁴-WOHLERS, Art. 47 N 9.

Täter bei Einbruchsdiebstählen in Wohn- – und nicht lediglich – Geschäftsliegenschaften eindringt.¹⁶⁰³

Bei mehreren Tätern wird grundsätzlich von einer erhöhten Gefahr und damit auch von einer höheren Strafwürdigkeit ausgegangen, so etwa bei der Bandenmässigkeit beim Raub nach Art. 140 Ziff. 3 Abs. 2 StGB.¹⁶⁰⁴ Der Zumesungsgrund der Gefährlichkeit ist in diesem Fall – sowie auch bei anderen Tatbeständen wie etwa Art. 139 Ziff. 3 Abs. 4 StGB (Offenbarung der «besonderen Gefährlichkeit») – kritisch zu hinterfragen; er kann höchstens insofern berücksichtigt werden, als der Unrechts- und Schuldgehalt der Tat dadurch erhöht würde.¹⁶⁰⁵ Nicht vereinbar mit dem Schuldprinzip wäre hingegen ein Abstellen auf eine etwaige – präventiv konnotierte – «Gefährlichkeit» des Täters. Mithin ist bei Mittätern daher auch jeweils zu prüfen, welchen Tatbeitrag der *einzelne* Täter geleistet hat.¹⁶⁰⁶ Innerhalb einer (kriminellen) Organisation ist etwa zu berücksichtigen, welche hierarchische Stellung dem Täter zukam (gewöhnlicher Transporteur oder massgeblicher Initiant und Organisator).¹⁶⁰⁷ Je näher die Stellung des Mittäters der reinen Gehilfenschaft kommt, desto geringer ist sein Verschulden.¹⁶⁰⁸

Wie erwähnt, können solche Wertungen in einigen Fällen dazu führen, dass je nach Art der Tatbegehung ein Strafraumenwechsel vorgenommen werden muss (etwa bei Art. 140 Ziff. 2 und 3 StGB). In einem solchen Fall ist es jedoch verboten, Umstände, die bereits zur Anwendung eines anderen Strafraumens führen, nochmals innerhalb des neuen Rahmens für die Festsetzung der konkreten Strafhöhe zu verwenden.¹⁶⁰⁹

1603 Siehe zu dieser Praxis etwa KGer BL, Urteil 460 12 108 vom 25. September 2012, E. 3.1, dort sogar mit einer fragwürdigen «doppelten» Straferhöhung («Im Sinne einer grundsätzlichen Festlegung hält das Kantonsgericht [...] dafür, dass bei der Strafzumessung im Kontext mit Einbruchdiebstählen jeweils zwingend straf erhöhend veranschlagt werden muss, wenn der Beschuldigte in Wohnliegenschaften eindringt. Nimmt der Beschuldigte dabei eine Begegnung mit der Bewohnerschaft in Kauf, so hat sich diese verwerfliche Einstellung, welche für eine besondere Dreistigkeit sowie eine qualifizierte kriminelle Energie spricht, in einem zweiten Schritt nochmals spürbar strafscharfend auszuwirken»).

1604 BGer, Urteil 6S.444/2005 vom 10. Februar 2006, E. 2 («Entgegen der Beschwerde kann aber die Tatsache, dass er im Rahmen einer Gruppe handelte, nicht strafmindernd wirken. Im Gegenteil muss das Handeln aus einer Gruppe heraus wegen der grösseren kriminellen Energie und Gefährlichkeit richtigerweise straf erhöhend gewichtet werden [...]»); BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 109.

1605 Vgl. HÖRNLE, JZ 1999, 1083; BSK StGB I⁴-NIGGLI/RIEDO, Art. 139 N 174; vgl. so auch schon SCHWANDER², Rz. 429.

1606 JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 105; AK StGB-SIMMLER/SELMAN, Art. 47 N 19.

1607 BGE 121 IV 202, E. 2d/bb; BGer, Urteil 6B_364/2014 vom 30. Juni 2014, E. 2.2.

1608 JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 105; AK StGB-SIMMLER/SELMAN, Art. 47 N 19; BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 105.

1609 Siehe zu diesem Doppelverwertungsverbot hinten II.

Nicht in Art. 47 Abs. 2 StGB genannt ist das Opferverhalten, gleichwohl kann es einen nicht vernachlässigbaren Einfluss auf die Verschuldenshöhe haben.¹⁶¹⁰ Dies wird insb. dadurch ersichtlich, dass Art. 48 lit. b StGB sogar eine Strafmilderung vorschreibt, wenn der Täter durch das Verhalten der verletzten Person ernsthaft in Versuchung geführt worden ist.¹⁶¹¹ Doch auch in anderen Fällen ist die Beziehung zwischen Täter und Opfer verschuldensrelevant, so etwa, wenn einerseits die Sorglosigkeit oder der Leichtsinns des Opfers bzw. der geschädigten Person die Tatbegehung erleichtert oder aber andererseits das Tatopfer die Tat durch eine Provokation mitverschuldet hat.¹⁶¹² Bei einem Nähe- und Vertrauensverhältnis von Opfer und Täter wird oftmals die *Ambivalenz der Strafzumessungstatsachen* sichtbar: Lässt ein Vertrauensmissbrauch eine Tat besonders verwerflich erscheinen oder erscheint das Verschulden des Täters geringer, weil ihm aufgrund des durch das Opfer entgegengebrachten Vertrauens die Tat erleichtert wurde?¹⁶¹³ Hier kann nicht bereits im Voraus gesagt werden, dass sich eine persönliche Nähebeziehung in jedem Fall verschuldensmindernd oder -erhöhend auswirkt, vielmehr muss dies im jeweiligen Einzelfall entschieden werden.¹⁶¹⁴

iii. Beweggründe und Ziele des Täters

Nach Art. 47 Abs. 2 StGB sind des Weiteren auch die Beweggründe und Ziele des Täters für dessen Verschulden relevant. Sie betreffen die *subjektive Seite* der Tat (*Handlungsunwert* oder *Handlungsunrecht*).¹⁶¹⁵ Schon CARL STOOSS brachte im Rahmen der von ihm vorgelegten Vorentwürfe des Strafgesetzbuchs vor, dass die «Motive» im neu zu entwerfenden Gesetz eine grössere Berücksichtigung erfahren sollten.¹⁶¹⁶ Bereits im ersten Vorentwurf von 1893 fand sich in der Folge deren explizite Nennung in Art. 36 («Bei Bemessung der Strafe zieht

1610 ARZT, recht 1994, Rz. 55; PAREIN (2010), 144; CR CP I²-QUELOZ/MANTELLI-RODRIGUEZ, Art. 47 N 26; AK StGB-SIMMLER/SELMAN, Art. 47 N 20; s.a. SCHULTZ, ZStrR 1956, 189.

1611 Siehe vorne I.D.1.c.a1.v.

1612 BGER, Urteil 6B_1038/2017 vom 31. Juli 2018, E. 2.3.2; PAREIN (2010), 145; AK StGB-SIMMLER/SELMAN, Art. 47 N 20; BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 110.

1613 BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 111 m.w.H.

1614 So auch BGE 116 IV 179, E. 4af., wo schliesslich verschuldenserhöhend berücksichtigt wurde, dass der Täter bei einem Raubüberfall «*selbst vor der Bedrohung und Gefährdung seiner Mutter [...] nicht zurückgeschreckt [habe]*»; s. etwa BGER, Urteil 6S.119/2004 vom 5. Juli 2004, E. 2.5 für die verschuldensmindernde Berücksichtigung einer Beziehungsproblematik.

1615 GETH⁷, Rz. 614; PC CP², Art. 47 N 20 ff.; STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 25 ff.; StGB PK⁴-TRECHSEL/M. SEELMANN, Art. 47 N 22.

1616 Motive VE-StGB/1893, 73 («[...] wird das Motiv im neuern Strafrecht viel zu wenig berücksichtigt. Der Richter soll namentlich in Betracht ziehen, ob der Thäter das Verbrechen aus gemeinen oder aus nicht gemeinen Beweggründen begangen hat»).

der Richter namentlich auch die Beweggründe, [...] des Täters in Betracht»), worauf sie schliesslich mit Art. 63 StGB/1937 auch Eingang in die finale Version fanden, die im Jahre 1942 in Kraft trat.

Die Beweggründe können verschuldensmindernd oder -erhöhend berücksichtigt werden, je nachdem, ob sie entweder *ethisch vertretbar* erscheinen (etwa Selbstlosigkeit oder Altruismus) oder *besonders verwerflich* sind (z.B. Egoismus, Habgier oder Machtstreben).¹⁶¹⁷ Das Abstellen auf «ethische Wertungen» ist dabei nicht unproblematisch. Einerseits gehört die Durchsetzung sittlicher Normen als solcher nicht zu den Aufgaben eines Rechtsstaats, andererseits ist auch deren Interpretation nicht unumstritten.¹⁶¹⁸ Will man solche Wertungen gleichwohl anwenden, ist daher zumindest darauf zu achten, dass über diese in der Gesellschaft ein praktischer Konsens besteht, ansonsten ein solches Vorgehen rechtsstaatlich schwerlich vertretbar wäre.¹⁶¹⁹ Eine Zuordnung – mithin auch eine Abgrenzung von äusseren Umständen – ist gleichwohl vielfach nicht einfach vorzunehmen.¹⁶²⁰ In einigen Fällen gibt das Gesetz immerhin Anhaltspunkte vor, welche Beweggründe es als verschuldensmindernd oder -erhöhend erachtet. Im Besonderen Teil des Strafgesetzbuchs sind dies etwa die Tatbestandsmerkmale der Gewinnsucht (Art. 135 Abs. 3), der Bereicherungsabsicht (z.B. Art. 139 Ziff. 1; Art. 143 Abs. 1; Art. 158 Ziff. 2), der Skrupellosigkeit bzw. der besonderen Verwerflichkeit des Beweggrunds (Art. 112 StGB) sowie selbststüchtige (Art. 115) oder auch achtenswerte Beweggründe (Art. 114). Ferner nennt der Allgemeine Teil als allgemeinen Milderungsgrund ebenfalls die achtenswerten Beweggründe (Art. 48 lit. a Ziff. 1).¹⁶²¹ Gestützt auf diese gesetzlichen Vorgaben lässt sich die Regel aufstellen, dass das Verschulden umso schwerer wiegt, «je grösser das Missverhältnis zwischen dem vom Täter verfolgten und dem von ihm dafür aufgeopferten Interesse ist».¹⁶²² Die neben den Beweggründen genannten Ziele können, aber müssen nicht den

1617 Siehe z.B. BGE 107 IV 60, E. 2c (schweres Verschulden, da keine finanzielle Notlage vorlag); 121 IV 49, E. 2d/aa (erhöhtes Verschulden aufgrund von egoistischen Motiven); GETH⁷, Rz. 616; JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 105; 106; KILLIAS et al.², Rz. 1213; KILLIAS/KUHN/DONGOIS⁴, Rz. 1213; CR CP I²-QUELOZ/MANTELLI-RODRIGUEZ, Art. 47 N 38; SCHULTZ AT II⁴, 76; StGB PK⁴-TRECHSEL/M. SEELMANN, Art. 47 N 24.

1618 STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 33.

1619 CR CP I²-QUELOZ/MANTELLI-RODRIGUEZ, Art. 47 N 46; STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 33; BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 165; HK StGB⁴-WOHLERS, Art. 47 N 11; ein solcher Konsens dürfte jedoch nicht immer leicht festzustellen sein, vgl. MATHYS², Rz. 147.

1620 ARZT, recht 1994, Rz. 48 ff.; BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 165; vgl. auch STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 30.

1621 Vgl. vorne I.D.1.c.

1622 STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 31; HK StGB⁴-WOHLERS, Art. 47 N 11.

Beweggründen entsprechen, etwa wenn das Ziel einer Tat die Vorteilsverschaffung für eine andere Person ist, das Delikt jedoch aus Mitleid oder aber auch durch Druckausübung begangen werden kann.¹⁶²³

Ebenfalls zur subjektiven Tatschwere gehören ferner die nicht im Gesetz, jedoch in der Rechtsprechung genannten Merkmale der «Intensität des deliktischen Willens» sowie der «Willensrichtung, mit der der Täter gehandelt hat».¹⁶²⁴ In Bezug auf die *Willensrichtung* kommt es in erster Linie auf die Abgrenzung verschiedener Formen des Vorsatzes und der Fahrlässigkeit an.¹⁶²⁵ Grundsätzlich wiegt so ein direkter Vorsatz schwerer als ein *dolus eventualis*.¹⁶²⁶ Bei den beiden Graden des direkten Vorsatzes, die unterschieden werden können, spricht sich die h.L. aber für eine Gleichbehandlung aus.¹⁶²⁷ Bei den Fahrlässigkeitsdelikten kommt es demgegenüber auf das Ausmass der Sorgfaltspflichtverletzung an.¹⁶²⁸ Uneinigkeit besteht aber darin, ob zwischen unbewusster und bewusster Fahrlässigkeit hinsichtlich der Verschuldenshöhe zu differenzieren ist.¹⁶²⁹ Unter den Begriff der *Intensität des deliktischen Willens* – oftmals ebenfalls als «*kriminelle Energie*» bezeichnet – lassen sich Merkmale einordnen wie die wiederholte Deliktsbegehung (sogar noch während des laufenden Strafverfahrens, in der Probezeit aus der bedingten Entlassung oder trotz mehrfacher Vorbestrafung), die Dauer des strafbaren Verhaltens oder fehlende Skrupel.¹⁶³⁰ Das Konstrukt der «kriminellen Energie» wird insb. im Zusammenhang mit der Intensität des deliktischen Willens zu Recht kritisiert: Setzt man eine erhöhte kriminelle Energie bzw. den deliktischen

1623 Vgl. BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 165.

1624 BGE 142 IV 137, E. 9.1 («*Du point de vue subjectif, outre les motivations et les buts de l'auteur, l'intensité de sa volonté délictuelle doit être prise en compte [...]*»); 141 IV 61, E. 6.1.1; 116 IV 288, E. 2a («*[...] sur le plan subjectif, l'intensité de la volonté délictuelle [...]*»); 129 IV 6, E. 6.1 («*Im Rahmen der sog. Tatkomponente sind insbesondere folgende Faktoren zu beachten: [...] die Willensrichtung, mit der der Täter gehandelt hat [...]*»); PAREIN (2010), 148.

1625 JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 111; STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 26 f.

1626 BGE 136 IV 55, E. 5.6; BGer, Urteil 6B_69/2014 vom 9. Oktober 2014, E. 2.4; 6B_611/2010 vom 26. April 2011, E. 3.3; 6S.233/2003 vom 4. November 2003, E. 4.3; GETH⁷, Rz. 614; JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 111; REHBERG⁷, 68; StGB PK⁴-TRECHSEL/M. SEELMANN, Art. 47 N 22; HK StGB⁴-WOHLERS, Art. 47 N 10; zu den Ausnahmen s. STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 27.

1627 STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 27.

1628 JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 111; STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 28; BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 118.

1629 Für eine Berücksichtigung: JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 111; AK StGB-SIMMLER/SELMAN, Art. 47 N 22; dagegen: STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 28; HK StGB⁴-WOHLERS, Art. 47 N 10.

1630 BGE 118 IV 21, E. 2b; 116 IV 288, E. 2a; PAREIN (2010), 148; PC CP², Art. 47 N 21; CR CP I²-QUELOZ/MANTELLI-RODRIGUEZ, Art. 47 N 28; STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 25, 29; BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 115; HK StGB⁴-WOHLERS, Art. 47 N 10.

Willen nämlich mit erhöhtem Verschulden gleich, müsste hier bereits darauf eingegangen werden, in welchem Ausmass der Täter einerseits für sein Handeln selbst verantwortlich gemacht werden kann und welche Auswirkungen aufgrund persönlicher Entwicklungsprozesse in seinem Vorleben seinen Freiheits- bzw. Handlungsspielraum eingeschränkt haben.¹⁶³¹ Dadurch kommt es zu direkten Überschneidungen mit dem Vorleben als Täterkomponente sowie auch mit der sogleich zu untersuchenden Vermeidbarkeit der Verletzung und Gefährdung des Rechtsguts.¹⁶³²

Im Zusammenhang mit der Intensität des deliktischen Willens wird oft auch der Einfluss des Staates auf den Täter mittels eines V-Mannes – insb. im Zusammenhang mit Betäubungsmitteldelikten – aufgeführt. Das Bundesgericht sah es in konstanter Praxis als strafmindernd an, wenn durch den Einsatz eines solchen Undercoveragenten die Straftat gefördert wurde.¹⁶³³ Durch das aktive Verhalten des V-Mannes müsse der Täter entsprechend «weniger kriminelle Energie aufwenden». ¹⁶³⁴ Je passiver das Verhalten des Agenten jedoch sei und je mehr die Tat vom eigentlichen Täter initiiert würde, umso begrenzter wirke sich die Mitwirkung von V-Leuten auf die Höhe der auszusprechenden Strafe aus.¹⁶³⁵ Dagegen könne im Falle eines eigentlichen «agent provocateur», der den Täter vorsätzlich zu einer Straftat veranlasse, die Straflosigkeit des Angestifteten resultieren.¹⁶³⁶ In Art. 293 Abs. 4 StPO findet sich nun eine Regelung für Fälle, in denen ein verdeckter Ermittler das Mass der zulässigen Einwirkung überschreitet. Trifft dies zu, «so ist dies bei der Zumesung der Strafe für die beeinflusste Person gebührend zu berücksichtigen, oder es ist von einer Strafe abzusehen». Eine solche Berücksichtigung in der Strafzumessung hat wohl durch eine Strafmilderung nach Art. 48 lit. b StGB – wenn der Täter durch das Verhalten der verletzten Person ernsthaft in Versuchung geführt worden ist – zu erfolgen.¹⁶³⁷ Zu Recht ist in der Lehre jedoch auch die Frage aufgeworfen worden, ob die Strafmilderung nach Art. 293

1631 STRATENWERTH (1972), 17f.

1632 Vgl. dazu hinten I.D.2.b.a1.iv.; STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 29; HK StGB⁴-WOHLERS, Art. 47 N 10.

1633 BGE 118 IV 14, E. 2; 116 IV 294, E. 2b/aa; s.a. BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 187; DERS., ZStrR 1996, 442.

1634 BGE 124 IV 34, E. 3b.

1635 BGE 124 IV 34, E. 3b; krit. zur bundesgerichtlichen Praxis JOSITSCH/EGE/SCHWARZEN-EGGER⁹, 111f., gemäss denen nicht jeder Einsatz eines verdeckten Ermittlers automatisch als Strafminderungsgrund betrachtet werden dürfe, solange sich der V-Mann an die Rechtsordnung halte und seine Mitwirkung das Verschulden des Täters nicht erheblich relativiere.

1636 BGer, Urteil 6B_530/2011 vom 21. Mai 2012, E. 2.5; s.a. BGE 124 IV 34, E. 3c.

1637 BSK StPO²-KNODEL, Art. 293 N 11; in der Regel für eine Strafmilderung ZK StPO³-HANS-JAKOB/PAJAROLA, Art. 293 N 41.

Abs. 4 StPO aufgrund der neueren Rechtsprechung des EGMR nicht unzulässig sei. Gemäss dieser Rechtsprechung könne bei unzulässiger Tatprovokation nur ein umfassendes Beweisverwertungsverbot oder eine ähnlich wirkende Verfahrensweise eine hinreichende Kompensation für einen solchen Verstoss gegen das Fairnessgebot bewirken.¹⁶³⁸ Eine reine Strafmilderung – wie sie auch das deutsche Gesetz vorsah – sei dabei nicht ausreichend, um die unzulässige Provokation durch den V-Mann auszugleichen.¹⁶³⁹ Wendet man diese Vorgaben des EGMR auf die Regelung von Art. 293 Abs. 4 StPO an, so kann wohl nur ein Absehen von Strafe einen annähernd ähnlich wirksamen Mechanismus darstellen wie ein umfassendes Beweisverwertungsverbot.¹⁶⁴⁰

iv. *Vermeidbarkeit der Verletzung und Gefährdung des Rechtsguts*

Die letzte in Art. 47 Abs. 2 StGB genannte (subjektive) Tatkomponente bestimmt die Höhe des Verschuldens schliesslich danach, wie weit der Täter nach den inneren und äusseren Umständen in der Lage war, die Gefährdung oder Verletzung zu vermeiden. Dies erscheint gewissermassen als eine Zusammenfassung des Schuldvorwurfs,¹⁶⁴¹ wenn das Gericht nach dem Freiheitsspielraum fragen muss, den der Täter hatte, um sich «für das Recht und gegen das Unrecht» zu entscheiden.¹⁶⁴² Je einfacher es nämlich für ihn gewesen wäre, die von ihm verletzte Norm einzuhalten, desto schwerer wiegt seine Entscheidung, sie zu verletzen – und damit sein Verschulden.¹⁶⁴³ Hierbei werden psychologische und normative Gesichtspunkte miteinander verknüpft.¹⁶⁴⁴ Die

1638 EGMR, Urteil i.S. Furcht gegen Deutschland, 54648/09 vom 23. Oktober 2014, Ziff. 64 («For the trial to be fair within the meaning of Article 6 §1 of the Convention, all evidence obtained as a result of police incitement must be excluded or a procedure with similar consequences must apply [...]»); vgl. auch Urteil i.S. Lagutin et al. gegen Russland, 6228/09, 19123/09, 19678/07, 52340/08 und 7451/0924 vom 24. April 2014, § 117.

1639 EGMR, Urteil i.S. Furcht gegen Deutschland, 54648/09 vom 23. Oktober 2014, Ziff. 69 («[...] the Court is not convinced that even a considerable mitigation of the applicant's sentence can be considered as a procedure with similar consequences as an exclusion of the impugned evidence [...]»).

1640 Zu Recht wird jedoch darauf hingewiesen, dass selbst ein Absehen von einer Strafe nicht gleichbedeutend mit einem Verwertungsverbot ist, da der Schuldspruch bestehen bleibt, was dadurch auch für seine negativen Konsequenzen wie die Kostentragungspflicht gilt, LUSTENBERGER, Jusletter vom 16. Januar 2023, Rz. 24; s. dazu auch BGE 148 IV 205, E. 2; MEYER, forumpoenale 2015, 177; StGB PK⁴-TRECHSEL/M. SEELMANN, Art. 47 N 22; relativierend ZK StPO³-HANSJAKOB/PAJAROLA, Art. 293 N 44.

1641 Vgl. dazu vorne I.D.2.a.a.1.

1642 Botschaft, BBl 1999 II, 2060; PAREIN (2010), 142 ff.; STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 34; StGB PK⁴-TRECHSEL/M. SEELMANN, Art. 47 N 23; BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 117.

1643 BGE 127 IV 101, E. 2a; 122 IV 241, E. 1a.

1644 Botschaft, BBl 1999 II, 2061; PAREIN (2010), 142 f.; BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 117.

inneren Umstände können etwa psychische Störungen betreffen, welche die Schwelle der verminderten Zurechnungsfähigkeit nach Art. 19 Abs. 2 StGB noch nicht erreichen, oder auch Affekte, die zwar (noch) nicht entschuldbar sind, aber gleichwohl nicht unberücksichtigt bleiben dürfen.¹⁶⁴⁵ Ein Affekt kann sich dabei nicht nur auf Vorsatzdelikte beziehen, sondern bestimmt auch die Schwere der Sorgfaltspflichtverletzung; neben der Auslösung eines Tatenschlusses kann der Affekt nämlich auch die Fähigkeit zu konkret gebotenen Vorsichtsmassnahmen einschränken.¹⁶⁴⁶ Ausserdem können sich Konflikte aus Alkohol- und Betäubungsmittelabhängigkeit, subjektiver Ausweglosigkeit oder Verzweiflung sowie aus der Bindung an eine andere Kultur ergeben.¹⁶⁴⁷ Das Verschulden kann hinsichtlich letzteren Merkmals gemindert sein, wenn etwa die Sozialisation des in einem fremden Kulturkreis aufgewachsenen Täters erheblich von den hier üblichen Wertvorstellungen abweicht.¹⁶⁴⁸ Letzterer Umstand überschneidet sich dabei mit den Täterkomponenten des Vorlebens und der persönlichen Verhältnisse.¹⁶⁴⁹ Je länger der Täter jedoch schon mit den hiesigen Gebräuchen und Sitten vertraut ist, umso weniger kann er sich auf einen solchen Konflikt berufen.¹⁶⁵⁰ Keine Strafminderung resultiert insb. dann, wenn das dem Täter vorgeworfene Verhalten auch in seinem Heimatland strafbar gewesen wäre.¹⁶⁵¹ Umgekehrt geht die h.L. und Praxis richtigerweise davon aus, dass die Strafe aufgrund des Schuldprinzips und des Gleichheitsgebots nicht mit der Begründung erhöht werden kann, dass ein ausländischer Täter das «Gastrecht» missbraucht habe.¹⁶⁵² Ein zu

1645 BGer, Urteil 6B_31/2011 vom 27. April 2011, E. 3.4.2; 6B_14/2007 vom 17. April 2007, E. 5.2; EGE (2017), 200; JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 107; Komm. StGB²-KELLER, 43; AK StGB-SIMMLER/SELMAN, Art. 47 N 24; STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 35; vgl. auch BGE 121 IV 49, E. 2c/bb.

1646 STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 35.

1647 BGE 117 IV 7, E. 3a/aa; EGETER (2002), 131 ff.; FRISCHKNECHT (2008), 233 ff.; JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 108; MATHYS², Rz. 264 f.; AK StGB-SIMMLER/SELMAN, Art. 47 N 24 f.; STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 35; vgl. auch BGE 127 IV 10, E. 3; P. ALBRECHT, ZStrR 2017, 462 f.; zum deutschen Recht s. etwa HÖRNLE, JZ 1999, 1086.

1648 BGE 117 IV 7, E. 3a; 107 IV 161, E. 2; JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 108; CR CP I²-QUELOZ/MANTELLI-RODRIGUEZ, Art. 47 N 33; AK StGB-SIMMLER/SELMAN, Art. 47 N 25.

1649 Botschaft, BBl 1999 II, 2061; s. dazu hinten I.D.2.b.a2.i. f.

1650 Kein «Kulturschock» wurde etwa berücksichtigt in BGE 117 IV 139, E. 4b, da der Täter bereits seit neun Jahren in der Schweiz lebte; s.a. CR CP I²-QUELOZ/MANTELLI-RODRIGUEZ, Art. 47 N 33.

1651 BGer, Urteil 6S.373/2005 vom 25. März 2006, E. 1.2 («Das dem Beschwerdeführer zur Last gelegte Verhalten ist offensichtlich auch nach dem Recht des Herkunftsorts seines Vaters strafbar, und der Beschwerdeführer behauptet selber nicht, dass er dies nicht gewusst habe. Eine Strafminderung wegen eines allfälligen «Kulturkonflikts» ist daher von vornherein ausgeschlossen»).

1652 BGE 125 IV 1, E. 5b; JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 108; StGB PK⁴-TRECHSEL/M. SEELMANN, Art. 47 N 25; BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 129.

berücksichtigender Missbrauch des «Gastrechts» würde überdies zu der abwegigen Konsequenz führen, dass derjenige, der sich widerrechtlich in der Schweiz aufhielt und damit kein «Gastrecht» geniesse, besser behandelt würde als derjenige, der sich rechtmässig in der Schweiz aufhielt.¹⁶⁵³

Die ebenfalls im Gesetz genannten *äusseren Umstände* betreffen gemäss der Botschaft die «konkrete Lage des Täters im Zusammenhang mit der Tat», womit etwa «Not- oder Versuchungssituationen» gemeint seien, die noch nicht die Schwelle der jeweiligen Strafmilderungsgründe erreichen würden.¹⁶⁵⁴ Der Freiheitsspielraum des Täters ist etwa eingeschränkt, wenn er die Tat unter dem Eindruck einer schweren Drohung oder in schwerer Bedrängnis begangen hat.¹⁶⁵⁵ Inwiefern in einigen Fällen eine Abgrenzung von den inneren Umständen vorzunehmen ist, bleibt jedoch unklar, da auch die äusseren Umstände die psychische Befindlichkeit des Täters betreffen müssen.¹⁶⁵⁶

Zuvor wurde schon festgehalten, dass die subjektive Tatkomponente der Entscheidungsfreiheit des Täters als eine Art Zusammenfassung des dem Schuldstrafrecht zugrundeliegenden Schuldvorwurfs gesehen werden kann. Bei dieser subjektiven Tatkomponente ergeben sich dadurch jedoch die gleichen Probleme, die bereits zur Schuld an sich ausgeführt wurden.¹⁶⁵⁷ Dem Gericht ist es nämlich gar nicht möglich, im Rahmen seiner Strafzumessungsüberlegungen den individuellen Freiheitsspielraum des Täters empirisch zu ermitteln.¹⁶⁵⁸ Art. 47 Abs. 2 *in fine* StGB verlangt jedoch genau dies. In der Praxis führt die gesetzliche Vorgabe nun dazu, dass die Freiheitsklausel – wie auch im Falle der Strafbegründungsschuld¹⁶⁵⁹ – in einem *negativen Sinne* interpretiert wird. Dies bedeutet, dass die Gerichte grundsätzlich von einer uneingeschränkten Freiheit des Täters ausgehen, sich für das Recht und gegen das Unrecht zu entscheiden. Eine Einschränkung der Freiheit wird entsprechend nur geprüft, wenn Anzeichen vorliegen, die auf eine solche schliessen lassen.¹⁶⁶⁰ Hier stossen wir in der Folge wieder auf den bereits erwähnten *sozialen* Schuld begriff,¹⁶⁶¹ gemäss dem die Höhe der Schuld nicht festgestellt,

1653 BGE 143 IV 145, E. 8.3.2; gemäss Bundesgericht strafehöhend berücksichtigt werden darf jedoch bspw., dass ein Ausländer allein zum Zwecke der Verübung von Straftaten in die Schweiz eingereist ist, BGer, Urteil 6B_1363/2019 vom 19. November 2020, E. 2.4.3.

1654 Botschaft, BBl 1999 II, 2061; vgl. auch BGer, Urteil 6B_14/2007 vom 17. April 2007, E. 5.2.

1655 JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 106 f.; PAREIN (2010), 143.

1656 STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 35; BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 117; HK StGB⁴-WOHLERS, Art. 47 N 12.

1657 Siehe vorne I.D.2.a.a1. AK StGB-SIMMLER/SELMAN, Art. 47 N

1658 P. ALBRECHT, ZStrR 2017, 462; HÖRNLE, in: FS Schünemann, 95 ff.

1659 Vgl. vorne I.D.2.a.a1.

1660 P. ALBRECHT, ZStrR 2017, 464.

1661 Vgl. vorne I.D.2.a.a1.

sondern vielmehr *zugeschrieben* wird.¹⁶⁶² Dies ist aber nicht unproblematisch, da das Verschulden des Täters auf diese Weise in stark generalisierter Weise – und damit oftmals unabhängig von seinen individuellen Möglichkeiten zur Normbefolgung – bestimmt wird. Eine Auflösung dieses Konflikts¹⁶⁶³ zwischen der gesetzlichen Anweisung an das Gericht, den konkreten Freiheitspielraum des Täters zu berücksichtigen, und der praktischen Problematik, dass dies im Rahmen des heutigen Strafverfahrens so gut wie undurchführbar ist, scheint momentan schwer möglich. Mit PETER ALBRECHT ist jedoch darin übereinzustimmen, dass die Gerichte zumindest ihre den Strafzumessungsentscheidungen zugrundeliegenden Wertungen selbstkritisch hinterfragen und offen zur Diskussion stellen müssen.¹⁶⁶⁴

a2. Täterbezogene Strafzumessungskriterien

Neben den Tatkomponenten nennt das Gesetz in Art. 47 Abs. 1 Satz 2 StGB überdies die täterbezogenen Strafzumessungskriterien bzw. die Täterkomponenten, wonach das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse des Täters zu berücksichtigen sind. Das Gesetz gibt dabei jedoch keine weitergehenden Hinweise darauf, inwiefern diese Umstände für die Bemessung der Strafhöhe miteinbezogen werden sollen.¹⁶⁶⁵ Entsprechend hat sich in der Rechtsprechung eine umfangreiche Praxis herausgebildet, wobei auch weitere Faktoren, wie etwa das Verhalten des Täters nach der Tat und im Strafverfahren (wie etwa Reue, Einsicht und Strafempfindlichkeit), Einfluss auf die Strafzumessung i.e.S. haben können.¹⁶⁶⁶

Zum Teil wird die Meinung vertreten, dass es sich bei diesen Umständen nicht um eine Präzisierung des Verschuldensbegriffs, sondern um zusätzliche Strafzumessungstatsachen handle.¹⁶⁶⁷ Die Unsicherheit über die systematische Einordnung des Vorlebens sowie der persönlichen Verhältnisse des

1662 P. ALBRECHT, SJZ 1983, 267; DERS., ZStrR 2017, 463; vgl. auch HÖRNLE, in: FS Schünemann, 96.

1663 PETER ALBRECHT hat dieses Dilemma passend als «*Entscheidungszwang trotz Unmöglichkeit der Entscheidung*» bezeichnet (ZStrR 2017, 465).

1664 P. ALBRECHT, ZStrR 2017, 466.

1665 Siehe auch die Aussage des Bundesgerichts in BGE 117 IV 112, E. 1: «*Was im einzelnen über das Mass des Verschuldens entscheidet, welche Momente und wie sie in diesem Zusammenhang zu berücksichtigen sind, lässt sich kaum in allgemeiner Weise umschreiben [...]*»; vgl. auch ARZT, recht 1994, Rz. 51; STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 36.

1666 Siehe etwa BGE 144 IV 345, E. 2.4; 129 IV 6, E. 6.1; 117 IV 112, E. 1 («*Die Täterkomponente umfasst das Vorleben [...], die persönlichen Verhältnisse [...] sowie das Verhalten nach der Tat und im Strafverfahren, wie z.B. Reue, Einsicht und Strafempfindlichkeit [...]*»).

1667 Komm. StGB²-KELLER, 42; s.a. G. MAURER (1945), 35; P. SCHNEIDER (1979), 20; STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 37 f.

Täters zeigte sich bereits im Vorentwurf der Expertenkommission für die Revision des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuchs aus dem Jahre 1993. Dort waren diese Umstände in Art. 49 Abs. 1 VE-StGB/1993 nämlich nicht in den Gesetzestext aufgenommen worden («Der Richter misst die Strafe nach dem Verschulden des Täters zu. Er berücksichtigt die Wirkung der Strafe auf das künftige Leben des Täters»). Der Bericht zum Vorentwurf hielt als Grund für deren Nichterwähnung explizit fest, dass unklar sei, «wie diese Fakten für die Festsetzung des Strafmasses zu verwerten sind.»¹⁶⁶⁸

Es wurde dargelegt, dass die ebenfalls in Art. 47 Abs. 1 Satz 2 StGB geforderte Berücksichtigung der Wirkung der Strafe auf das Leben des Täters nicht die Höhe des Verschuldens bestimmt, sondern spezialpräventive Umstände – im Rahmen der Spielraumtheorie – in die Strafzumessung i.e.S. einfließen lässt.¹⁶⁶⁹ Im Folgenden soll nun zum einen untersucht werden, was die einzelnen Täterkomponenten beinhalten. Zum anderen gilt es zu eruieren, ob sie vom Verschulden umschlossen werden oder doch – wie die Wirkung der Strafe auf das Leben des Täters – nicht vielmehr die Strafhöhe gestützt auf präventive Überlegungen beeinflussen können. Nicht eingegangen wird nachfolgend auf die in der Praxis umstrittene Frage, in welchem Prüfschritt die Täterkomponenten im Rahmen einer Gesamtstrafenbildung bei mehreren gleichartigen Strafen nach Art. 49 StGB zu berücksichtigen sind, da die Gesamtstrafenbildung keinen Schwerpunkt der vorliegenden Arbeit bildet.¹⁶⁷⁰

i. Vorleben und Vorstrafen

Das Vorleben wird in der Lehre grundsätzlich als die Lebensgeschichte des Täters bis zur Zeit der Tat umschrieben.¹⁶⁷¹ Von Bedeutung sind dabei insb. die Herkunft, die Familienverhältnisse, die Erziehung, die Ausbildung und die «Gesetzestreue», wobei sich das Vorleben zugunsten sowie auch zum Nachteil des Täters auswirken kann.¹⁶⁷² Insbesondere der sogleich näher zu

1668 Bericht 1993, 71.

1669 Vgl. vorne I.D.2.a.a2. f.

1670 Vgl. zu dieser Frage BGer, Urteil 6B_466/2013 vom 25. Juli 2013 («Erst nach der Festlegung der Gesamtstrafe für sämtliche Delikte sind endlich die allgemeinen Täterkomponenten zu berücksichtigen [...]»); ACKERMANN/CESAROV, *forum* poenale 2020, 451 ff. m.w.H.; OFK StGB²¹-HEIMGARTNER, Art. 47 N 13a.

1671 HAFTER², 353; PC CP², Art. 47 N 4; SCHULTZ AT II⁴, 77; BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 122; vgl. auch JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 111; StGB PK⁴-TRECHSEL/M. SEELMANN, Art. 47 N 25 («die gesamte Lebensgeschichte des Täters»).

1672 GETH⁷, Rz. 617; PAREIN (2010), 149; PC CP², Art. 47 N 4; SCHULTZ AT II⁴, 77; STEPHENSON, *Anwaltsrevue* 2010, 320; STRATEN WERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 37; WIPRÄCHTIGER, ZStrR 1996, 437 ff.; BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 122 f.; s.a. HURTADO POZO, in: FS Tiedemann, 369 ff.

beleuchtende Faktor bestehender Vorstrafen ist in der Praxis von erheblicher Bedeutung.¹⁶⁷³

Innerhalb der Untersuchung des Verschuldens wurde bereits festgestellt, dass sich die Einzeltatschuld nur auf eine isolierte, konkret vorgeworfene Handlung bezieht, weshalb die Konstrukte der Lebensführungs- und Charakterschuld verworfen wurden.¹⁶⁷⁴ Unbestritten ist daher gemäss h.L., dass das Vorleben unter Gesichtspunkten nur dann beachtet werden darf, wenn es die Vorwerfbarkeit der *konkreten Tat* betrifft.¹⁶⁷⁵ Inwiefern das Vorleben nun jedoch Einfluss auf die Höhe des Verschuldens haben soll oder ob dieses Merkmal nicht (auch) unter andere Gesichtspunkte einzuordnen wäre, ist umstritten. In Lehre und Praxis findet sich hierzu eine bunte Durchmischung von Schuld- und Präventionsgesichtspunkten, ohne dass eine strikte Trennung derselben stattfindet. Unter *Schuldgesichtspunkten* wird etwa argumentiert, dass die bisherige Lebensführung als «Erkenntnisquelle» des Täterverschuldens herangezogen werden könne.¹⁶⁷⁶ Das Vorleben erfasse einen «erweiterten personalen Unrechtsbegriff», da sich das Unrecht nicht allein im zugefügten Schaden erschöpfe; das Vorleben des Täters könne Hinweise auf seine «Einstellung zu den geschützten Rechtsgütern» geben.¹⁶⁷⁷ Unter *spezialpräventiven Gesichtspunkten* könne hingegen darauf abgestellt werden, inwiefern die Täterpersönlichkeit die Begehung zukünftiger Straftaten wahrscheinlich mache.¹⁶⁷⁸ Wie schon bei der Diskussion zu den einzelnen Strafzwecken dargelegt,¹⁶⁷⁹ kann sich das Merkmal des Vorlebens je nach Berücksichtigung absoluter oder relativer Zwecke in die eine oder andere Richtung auswirken. Lassen so etwa einerseits gestörte familiäre Verhältnisse des Täters das Verschulden als geringer erscheinen, werden andererseits die Chancen auf zukünftige Delinquenz eher höher einzuschätzen sein. Der Versuch einer Auflösung dieser Antinomie findet sich in der Lehre nur zurückhaltend. Zumeist werden Schuld- und Präventionsgesichtspunkte – Letztere oft im Zusammen-

1673 BGE 136 IV 1, E. 2.6.1ff.; 105 IV 225, E. 2; 96 IV 155, E. III.3f.; s. dazu auch P. ALBRECHT, ZStrR 1991, 53; ARZT, recht 1994, Rz. 53; DUBS, in: FG SJ, 15; KILLIAS et al.², Rz. 1214; REHBERG⁷, 70; WIPRÄCHTIGER, ZStrR 1996, 437f.

1674 Vgl. vorne I.D.2.a.1.iii.

1675 JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 112; REHBERG⁷, 70.

1676 G. MAURER (1945), 47; P. SCHNEIDER (1979), 20f.; Bericht VE-StGB/1987, 121 («Vorleben [...] als Inbegriff der Einzelheiten in der Lebensgeschichte, welche für die Einzeltatschuld bedeutsam sind [...]»); THORMANN / VON OVERBECK (1940), Art. 63 N 4, hielten noch fest, dass aus dem Vorleben auf «die Wurzeln des Verbrechens» erkannt werden könne; vgl. auch STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 38.

1677 So zum deutschen Recht BGH, Urteil 1 StR 262/88 vom 4. November 1988; vgl. auch LK StGB II¹²-THEUNE, § 46 N 165.

1678 STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 38.

1679 Vgl. vorne I.B. sowie I.D.2.a.

hang mit der «Gefährlichkeit» des Täters – miteinander vermischt, ohne dass eine eigentliche Zuordnung erfolgt.¹⁶⁸⁰ Will man das Vorleben jedoch korrekt in die Strafzumessung i.e.S. einfließen lassen, ist es unumgänglich, die einzelnen Teilaspekte desselben zu analysieren und jeweils nach Verschuldens- und Präventionsgesichtspunkten zu trennen.¹⁶⁸¹ Dies soll nachfolgend nicht mit allen Umständen, die das Vorleben betreffen können, sondern nur konkret mit einem der in der Praxis wohl wichtigsten Aspekte des Vorlebens,¹⁶⁸² den Vorstrafen, geschehen.

Das Vorliegen von Vorstrafen – auch solche aus dem Ausland – gilt in der Praxis durchwegs als Straferhöhungsgrund,¹⁶⁸³ obwohl das geltende Recht den Strafschärfungsgrund des Rückfalls (Art. 67 StGB/1937) nicht mehr kennt. Je geringfügiger die Vorstrafen sind und je länger sie zurückliegen, umso weniger Gewicht soll ihnen aber zukommen.¹⁶⁸⁴ Es stellt sich nun die Frage, aus welchem Grund Vorstrafen eine straherhöhende Wirkung zeitigen sollen. Geht es um den Gesichtspunkt des Verschuldens, finden sich in der schweizerischen Rechtsprechung keine eingehenden Begründungen, welche sich explizit auf eine erhöhte Tatschuld beziehen. Das Bundesgericht verwendet hinsichtlich der erhöhten Strafwürdigkeit des Vorliegens von Vorstrafen vereinzelt Begriffe wie «Rechtsfeindlichkeit» oder «Gleichgültigkeit gegenüber Rechtsnormen», ohne weiter darauf einzugehen, inwiefern dadurch das Verschulden gesteigert sein sollte.¹⁶⁸⁵ In der Lehre finden sich ebenfalls Hinweise auf eine solche erhöhte «Rechtsfeindlichkeit».¹⁶⁸⁶ Damit soll wohl die gleiche –

1680 Siehe etwa ARZT, recht 1994, Rz. 51 ff.; DUBS, in: FG SJ, 15; HAFTER², 353 f.; SCHMIDT, ZStrR 1931, 227 («Die Schuld ist umso grösser, je gefährlicher der Täter ist [...]»); SCHULTZ AT II⁴, 77; STEPHENSON, Anwaltsrevue 2010, 320; unklar auch BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 123: «Das Vorleben ist nur zu berücksichtigen, wenn und soweit es (unter dem Gesichtspunkt von Schuld und Spezialprävention) Rückschlüsse auf die Beurteilung von Tat und Täter zulässt. Das Vorleben ist nur unter Schuldgesichtspunkten zu erörtern [...]»; vgl. dazu auch STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 39.

1681 So auch PIGNAT/KUHN, ZStrR 2004, 255 f.; STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 40.

1682 Gemäss KILLIAS/KUHN/DONGOIS⁴, Rz. 1214, beeinflusse neben der Schwere der Straftat kein anderer Faktor die Strafzumessung im gerichtlichen Alltag so sehr wie die Vorstrafen.

1683 BGE 136 IV 1, E. 2.6.2; 121 IV 3, E. 1b; BGer, Urteil 6B_258/2015 vom 26. Oktober 2015, E. 1.2.1; 6B_765/2008 vom 7. April 2009, E. 2.1.2; 6B_538/2007 vom 2. Juni 2008, E. 3.2.3.1.

1684 BGE 121 IV 3, E. 1c/dd; 96 IV 155, E. III.2.

1685 BGer, Urteil 6B_808/2017 vom 16. Oktober 2017, E. 2.3.4; 6B_681/2013 vom 26. Mai 2014, E. 1.3.5; 6B_325/2013 vom 13. Juni 2013, E. 3.2.3; vgl. auch Urteil 6B_510/2015 vom 25. August 2015, E. 1.5 («beachtliche Renitenz und Gleichgültigkeit gegenüber der schweizerischen Rechtsordnung»).

1686 MATHYS², Rz. 320; vgl. auch JESCHECK/WEIGEND⁵, 892 («Merkmal der hartnäckigen Rechtsfeindlichkeit [...]»); MAURACH (1971), 848; SCHÄFER/SANDER/VANGEMMEREN⁶, Rz. 653 ff.; LK StGB II²-THEUNE, § 46 N 169.

angeblich – verschuldenserhöhende Komponente angesprochen werden, die andere als gesteigerte «kriminelle Energie» bezeichnen und die aus einer Tatbegehung trotz Vorbestrafung abgeleitet werden könne.¹⁶⁸⁷ Auf eine solche höhere «kriminelle Energie» lasse nämlich schliessen, wenn sich der Täter durch die Erfahrung einer bereits bestehenden Verurteilung (u.U. auch des Vollzugs) über das Bewusstsein von der Strafwürdigkeit seines Verhaltens hinwegsetze.¹⁶⁸⁸ Dass eine solche pauschale Annahme aber problematisch ist, wurde schon bei den Ausführungen zum früheren Strafschärfungsgrund des Rückfalls aufgezeigt.¹⁶⁸⁹ Sofern es sich nämlich bei Wiederholungstätern um antriebs- und willensschwache Personen – wovon wohl in vielen Fällen der Alltagskriminalität auszugehen ist – handelt, die oftmals auch in ihrer Persönlichkeit gestört sind, ist der Grund für die erneute Tatbegehung vielmehr in deren fehlender Fähigkeit zu verorten, Erfahrungen angemessen zu verarbeiten und daraus wohlüberlegte Schlüsse zu ziehen.¹⁶⁹⁰ Bei diesen Tätern ist vielmehr eine höhere Willensanstrengung erforderlich, um rechtstreu zu bleiben als bei Personen, die bislang nicht strafrechtlich in Erscheinung getreten sind.¹⁶⁹¹ Wer damit in «geordneten» Verhältnissen lebt, hat zur Tatbegehung eine grössere Hemmschwelle zu überwinden als diejenige Person, die bereits ins kriminelle Milieu abgerutscht ist.¹⁶⁹² Da die Vorstrafen unter Schuldgesichtspunkten entsprechend in beide Richtungen das Verschulden beeinflussen können, ist eine pauschale Straferhöhung bei deren Vorliegen abzulehnen.¹⁶⁹³ Wie

1687 Vgl. BRUNS/GÜNTGE³, 280 ff.; STRATENWERTH (1972), 15 f.; STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 44; s.a. LK StGB I³-JAGUSCH, Vor § 13 B IV 1d («[...] die Wiederholung eines gleichartigen oder aus gleichen Triebfedern oder rechtsschädlichen Neigungen stammenden Verbrechens auf beharrlicher, vielleicht verbissener Schuldenergie beruht [...]»).

1688 ARZT, recht 1994, Rz. 53 («In jeder Verurteilung steckt die Mahnung zu künftiger Abstinenz von Straftaten. Wer diese Mahnung nicht beachtet, sollte sich im Wiederholungsfall nicht über den «Widerruf» [...] der prinzipiell milden Reaktion der Rechtsgemeinschaft beklagen [...]»); MATHYS², Rz. 320; MAURACH (1971), 848; SCHERTENLEIB (1949), 39 f.; vgl. auch STRATENWERTH (1972), 16.

1689 Vgl. vorne I.D.I.c.a3.i.

1690 STRATENWERTH (1972), 16; STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 44; BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 138; HK StGB⁴-WOHLERS, Art. 47 N 14; vgl. auch KASPAR, in: Juristentag, C 67; SUMMERS (2022), 68 f.

1691 GETH⁷, Rz. 604; STRATENWERTH (1972), 16; BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 138; s.a. RIKLIN, ZStR 1985, 281; SCHÖNEBORN, GA 1975, 276.

1692 M. SEELMANN/WIPRÄCHTIGER, AJP 2018, 741 Fn. 72; STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 44; StGB PK⁴-TRECHSEL/M. SEELMANN, Art. 47 N 26; BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 137, nennen in diesem Zusammenhang Wirtschafts- oder Umweltschaftstäter sowie Betäubungsmittelhändler, die selbst nicht abhängig sind und in einer (kriminellen) Organisation arbeiten; vgl. auch SCHÖNEBORN, GA 1975, 276.

1693 So auch BOMMER, ZBJV 2015, 355; M. SEELMANN/WIPRÄCHTIGER, AJP 2018, 740 f. m.w.H. auch zur umstrittenen Praxis des Bundesgerichts, fehlende Vorstrafen nicht

erwähnt, wird in der Praxis im Falle bestehender Vorstrafen jedoch mantraartig auf eine Straferhöhung erkannt.¹⁶⁹⁴ Was soll also damit bezweckt werden?

Bei genauerer Betrachtung wird ersichtlich, dass das Bedürfnis nach höherer Bestrafung bei rückfälligen Tätern in vielen Fällen der Verfolgung *präventiver* Zwecke dient und insofern gar nicht auf verschuldensrelevante Umstände abgestellt wird.¹⁶⁹⁵ Betrachtet man nämlich in der Praxis und Lehre die Hauptargumente für die Begründung einer Straferhöhung, sticht einerseits der Vorwurf heraus, dass sich der Täter die Vorstrafe nicht zur *Warnung* habe gereichen lassen, vielmehr sei er «unbelehrbar» und «uneinsichtig».¹⁶⁹⁶ In jeder Verurteilung stecke nämlich eine Mahnung zu künftiger Abstinenz von Straftaten.¹⁶⁹⁷ Wie schon beim Rückfall dargelegt wurde,¹⁶⁹⁸ brachte auch CARL STOOSS diesen Begründungsansatz in den Motiven zum ersten Vorentwurf vor.¹⁶⁹⁹ Wird nun aufgrund der beim Täter unbeachtet gebliebenen ersten Warnung beim zweiten Mal eine höhere Strafe ausgesprochen, um ihn mit Blick auf zukünftige Delikte noch stärker abzuschrecken, handelt es sich nicht um eine Frage des Verschuldens, sondern um (negative) *spezialpräventive* Strafzwecküberlegungen. Einer solchen spezialpräventiven Wirkung wurde bereits entgegengehalten, dass eine (Freiheits-)Strafe in einem Grossteil der Fälle negative Auswirkungen auf den Täter zeitigt und ihn der Strafvollzug erst recht mit dem kriminellen Milieu in Verbindung bringt.¹⁷⁰⁰ Nichts anderes kann auch hier für höhere Strafen gelten, die einen vorbestraften Täter von zukünftigen Delikten abhalten sollen.¹⁷⁰¹ In diesem Fall ist das Argument für eine möglicherweise abschreckende Wirkung einer Strafe sogar umso mehr zu hinterfragen, da die Überlegung beim Täter – durch die Vorstrafe – bereits

mehr zugunsten des Täters zu berücksichtigen; vgl. auch GETH⁷, Rz. 617; KGer SG, Urteil vom 23. Februar 1994, auszugsweise abgedruckt in: GVP-SG 1994, 107, spricht von einer «ambivalenten» Strafzumessungstatsache.

1694 BGE 136 IV 1, E. 2.6.2; 121 IV 3, E. 1b; BGer, Urteil 6B_258/2015 vom 26. Oktober 2015, E. 1.2.1; 6B_765/2008 vom 7. April 2009, E. 2.1.2; 6B_538/2007 vom 2. Juni 2008, E. 3.2.3.1.

1695 So schon SCHWANDER, ZStrR 1964, 372.

1696 BGer, Urteil 6B_510/2015 vom 25. August 2015, E. 1.5 («Von diesen Strafen wäre ein nachhaltiger Warneffekt zu erwarten gewesen. Der Beschwerdeführer, [...] erweist sich als unbelehrbar [...]»); OGer ZH, Urteil vom 21. September 1967, abgedruckt in: SJZ 1968, Nr. 173, 318 f.; MATHYS², Rz. 320; zur deutschen Lehre s. NK StGB I⁵-STRENG, § 46 N 66; LK StGB IV¹³-U. SCHNEIDER, § 46 N 149.

1697 ARZT, recht 1994, Rz. 53.

1698 Vgl. vorne I.D.1.c.a3.i.

1699 Motive VE-StGB/1893, 77 («[...] der Verbrecher die ernste Mahnung, die der Staat durch den Strafvollzug an ihn gerichtet hat, unbeachtet liess»).

1700 Vgl. vorne I.B.2.b.

1701 STRATENWERTH (1972), 16.

einmal versagt hat. Spezialpräventiv argumentiert wird schliesslich auch mit einer «erhöhten Gefährlichkeit» des Wiederholungstäters.¹⁷⁰² Wie aufgezeigt wurde, sind spezialpräventive Überlegungen im Rahmen der Strafzumessung i.e.S. aber v.a. hinsichtlich der *Resozialisierung* des Täters zu berücksichtigen.¹⁷⁰³ Entsprechend können nach vorliegender Ansicht andere präventive Zwecke – wenn überhaupt – nur ausnahmsweise zu einer Straferhöhung führen. Nichts spricht aber dagegen, die übrigen spezialpräventiven Zwecke bei der Strafzumessung i.w.S., etwa bei der Entscheidung über den bedingten Strafvollzug miteinzubeziehen.¹⁷⁰⁴ Bei einer vorliegenden Gefährlichkeit des Täters, die auch nach Vollzug einer Strafe noch bestünde, wären anstatt einer höheren Strafe die Voraussetzungen für die Anordnung einer schuldunabhängigen Massnahme zu prüfen.¹⁷⁰⁵

Ferner werden auch *generalpräventive* Strafzwecke angesprochen, wenn vorgebracht wird, dass ein Wiederholungsdelinquent die «rechtliche Ordnung nachdrücklicher in Frage [stelle] als der erstmalige Täter».¹⁷⁰⁶ Durch eine höhere Strafe soll entsprechend das Normbestätigungsbedürfnis der Allgemeinheit befriedigt werden.¹⁷⁰⁷ Wie jedoch dargelegt wurde, hat die empirische Kriminologie gezeigt, dass die verhaltenssteuernde Wirkung des Strafrechts so stark ist, dass auch eine deutliche Senkung der Strafhöhe keine merkliche Abschwächung der «generalpräventiven Kraft des Strafrechts» nach sich zieht.¹⁷⁰⁸ Entsprechend kann eine Straferhöhung bei einem vorbestraften Täter nicht damit begründet werden, dass die Gesellschaft eine höhere Strafe zwecks Normbestätigung verlange. Bereits ein gewisses Mindestmass an Normbekräftigung – was auch bei einer am unteren Rand des konkreten Schuldrahmens angesetzten Strafe bei der erneuten Verurteilung vorliegt¹⁷⁰⁹ – muss grundsätzlich ausreichen, um der Generalprävention Genüge zu tun.

Ein weiterer Grund für die grosse Gewichtung der Vorstrafen in Bezug auf die Strafhöhe ist wohl auch schlicht und ergreifend der Umstand, dass das Vorliegen einer Vorverurteilung – im Gegensatz zu vielen anderen Strafzumessungsmerkmalen – rechtskräftig geklärt ist und dem Gericht für den neu zu beurteilenden Fall somit schön säuberlich präsentiert wird. Das Vorliegen von Vorstrafen bietet dem Gericht dadurch gewissermassen einen

1702 Vgl. SCHULTZ AT II⁴, 84.

1703 Siehe vorne I.D.2.a.a.2.i.

1704 Vgl. JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 113; STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 43.

1705 SCHULTZ AT II⁴, 84.

1706 STEPHENSON, *Anwaltsrevue* 2010, 320.

1707 STRATENWERTH (1972), 18 f.; vgl. auch NK StGB I⁵-STRENG, § 46 N 66.

1708 Vgl. vorne I.B.2.c.

1709 Vgl. vorne I.D.2.a.a.3.ii.

Anker, der eine (objektive) Sicherheit vermittelt; die Existenz von Vorstrafen kann faktisch nicht bestritten und auf sie kann einfach verwiesen werden. Neben der Schwere der Straftat – die ebenfalls objektiv feststellbar ist – beeinflussen die Vorstrafen die Strafhöhe im gerichtlichen Alltag mithin massiv. Ist nun der Einbezug von *gerichtlich* ergangenen Vorstrafen wie gezeigt schon problematisch, akzentuiert sich das Problem nochmals bei Vorstrafen, die gestützt auf *Strafbefehle* verhängt wurden, da es hier in vielen Fällen an einer Begründung der Strafhöhe bzw. an der Darlegung der relevanten Strafzumessungstatsachen fehlt. Zwar sieht Art. 353 StPO auch keine solche Begründung vor (abgesehen von der Begründung des Widerrufs einer bedingt ausgesprochenen Sanktion oder einer bedingten Entlassung gem. Abs. 1 lit. f), jedoch wäre gestützt auf die verfassungsrechtlichen Grundlagen des rechtlichen Gehörs (Art. 29 Abs. 2 BV) sowie gestützt auf die EMRK (Art. 6 Ziff. 1) zumindest eine mündliche Begründung notwendig.¹⁷¹⁰ Hinsichtlich kurzer Freiheitsstrafen ergibt sich eine Begründungspflicht innerhalb eines Strafbefehls auch aus dem materiellen Recht, da Art. 41 Abs. 2 StGB für die Wahl einer Freiheitsstrafe anstelle einer Geldstrafe eine Begründung explizit vorschreibt. Gleichwohl werden in der Praxis die Strafzumessungsumstände, welche der Strafhöhe im Strafbefehl zugrunde liegen, gegenüber dem Täter nur selten begründet. Dadurch kann im Falle eines neu zu ergehenden Strafurteils durch das Gericht nicht eruiert werden, welche Beweggründe den Täter zur früheren Tat verleitet haben – handelte er etwa im Affekt oder lagen sonstige Minderungsgründe vor? Die *Umstände*, welche die Strafhöhe solcher Vorstrafen betreffen, sind mithin äusserst relevant,¹⁷¹¹ weshalb eine undifferenzierte Straferhöhung ohne deren Kenntnis nochmals problematischer erscheint.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die Berücksichtigung von Vorstrafen für die Strafzumessung i.e.S. ausgesprochen problembehaftet ist. Wie aufgezeigt wurde, ist nämlich die pauschale Annahme, Vorstrafen führten zu einem erhöhten Verschulden, nicht haltbar. Vielmehr gilt es im Einzelfall zu beurteilen, was die genauen Ursachen für eine wiederholte Tatbegehung sind. Auch müssen sich die Gerichte grundsätzlich klarmachen, aus

1710 EGMR, Urteil i.S. Hiro Balani gegen Spanien, 18064/91 vom 9. Dezember 1994, Ziff. 27 («*The Court reiterates that Article 6 para. 1 (art. 6-1) obliges the courts to give reasons for their judgments [...]*»); THOMMEN (2013), 97; StGB PK⁴-TRECHSEL/M. SEELMANN, Art. 50 N5; vgl. auch TRECHSEL (2005), 102 ff.

1711 Vgl. CCRPTI, Urteil vom 5. Dezember 1973, E. 3, abgedruckt in: Rep. 1974, 444 («*Non è tuttavia dato di sapere dalla sentenza qui impugnata di quali reati F. e P. si erano allora resi colpevoli e in base a quali circostanze personali e fattuali e in base a quali motivi. Orbene è chiaro, come già sopra accennato, che questi dati fanno parte di quella vita anteriore a cui l'art. 63 CP prescrive, tra l'altro, di fare riferimento per inquadrare la colpa del reo e per commisurare alla stessa la pena [...]*»); STRATEN WERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 43 f.

welchen Gründen sie eine Straferhöhung aufgrund bestehender Vorstrafen aussprechen. Sofern dies nicht gestützt auf ein erhöhtes Verschulden geschieht, spielen präventive Überlegungen eine Rolle, die jedoch hinterfragt werden müssen. Nach vorliegender Ansicht ist nämlich davon abzusehen, pauschal negative general- sowie spezialpräventive Überlegungen in die Strafzumessung i.e.S. einfließen zu lassen. Doch auch wenn Gerichte diese Meinung nicht teilen, ist es vorteilhaft, eine Abgrenzung von Verschuldens- und Präventionsgesichtspunkten vorzunehmen und diese nicht unbesehen miteinander zu vermischen. Denn nur dann sind eine systematischere Strafzumessung und eine bessere Kontrolle durch Rechtsmittelinstanzen möglich.

ii. Persönliche Verhältnisse

Art. 47 Abs. 1 StGB nennt als Täterkomponente überdies noch die persönlichen Verhältnisse des Täters. Diese umfassen dessen aktuelle Lebensumstände, wobei in der Lehre umstritten bleibt, ob der Zeitpunkt der Tat oder des Urteils massgebend ist.¹⁷¹² Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung betreffen die persönlichen Verhältnisse des Täters den Zeitpunkt der Strafzumessung.¹⁷¹³ Hierbei muss aber wohl zwischen zwei verschiedenen Merkmalen der persönlichen Verhältnisse unterschieden werden: denjenigen der Situation des Täters zum Tat- sowie seine Strafempfindlichkeit zum Urteilszeitpunkt.¹⁷¹⁴ Letzterer Umstand betrifft jedoch nicht die Höhe des Verschuldens und ist nachfolgend noch getrennt zu behandeln.¹⁷¹⁵

Das schiere Ausmass von Lebensumständen des Täters, die einen Einfluss auf das Verschulden haben könnten, macht eine umfassende Abklärung derselben praktisch unmöglich.¹⁷¹⁶ Praxis und Lehre haben daher hinsichtlich der persönlichen Verhältnisse des Täters einen mehr oder weniger umfangreichen Katalog von Punkten aufgestellt, die eine Rolle spielen könnten: so

1712 Auf den Tatzeitpunkt abstellend REHBERG⁷, 71; SCHULTZ AT II⁴, 77, StGB PK⁴-TRECHSEL/M. SEELMANN, Art. 47 N 27 sowie BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 146, sprechen hingegen vom «Zeitpunkt der Strafzumessung»; gemäss JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 114, sei diese Frage nicht von praktischer Relevanz.

1713 Siehe BGE 116 IV 288, E. 2a («Pour autant qu'elle apporte des éléments pertinents, le juge tiendra compte de la situation personnelle de l'auteur au moment de son jugement [...]»); BGE 113 IV 56, E. 4c («Die persönlichen Verhältnisse betreffen die Persönlichkeit des Täters, so wie sie sich zur Zeit der Beurteilung zeigt [...]»); BGer, Urteil 6B_535/2015 vom 26. August 2015, E. 2.1 («Zu prüfen ist [...], ob die Vorinstanz [...] den seit dem ersten vorinstanzlichen Entscheid eingetretenen strafzumessungsrelevanten Umständen [wie etwa Zeitablauf, aktuelle persönliche Verhältnisse] bei der Strafzumessung zutreffend Rechnung getragen hat»).

1714 PC CP², Art. 47 N 6; STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 49; HK StGB⁴-WOHLERS, Art. 47 N 16; vgl. auch GETH⁷, Rz. 618; STEPHENSON, Anwaltsrevue 2010, 321.

1715 Siehe sogleich I.D.2.b.a.2.iv.

1716 STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 50.

etwa die berufliche Situation des Täters, sein Verhalten am Arbeitsplatz und gegenüber seinen Angehörigen, Rauschmittelabhängigkeit, sein Alter, intellektuelle Fähigkeiten, etwaige Kulturkonflikte, die psychische und physische Gesundheit sowie seine Behandlungsbedürftigkeit.¹⁷¹⁷

Auch bei den persönlichen Verhältnissen werden Überschneidungen mit anderen Täter- und Tatkomponenten ersichtlich, so etwa mit denjenigen des Vorlebens, den Beweggründen und Zielen des Täters sowie mit der grundlegenden verschuldensrelevanten Frage, inwiefern es ihm möglich war, die Tat zu vermeiden.¹⁷¹⁸ Von einer Unterscheidung von verschuldensrelevanten Umständen und präventiven Überlegungen darf – wie beim Vorleben eingehend dargelegt wurde – auch bei den persönlichen Verhältnissen zum Tatzeitpunkt nicht abgesehen werden, um eine systematischere Strafzumessung i.e.S. nicht zu erschweren.

iii. *Nachtatverhalten*

Obwohl Art. 47 StGB dies nicht explizit erwähnt, kann nach h.L. und Praxis auch das Nachtatverhalten des Täters Einfluss auf die Höhe der Strafe innerhalb des Strafrahmens haben.¹⁷¹⁹ Zu denken ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung etwa einerseits in *strafmindernder* Hinsicht an ein Geständnis oder eine sonst wie kooperative Haltung des Täters während des Verfahrens.¹⁷²⁰ *Straferhöhend* soll andererseits der Umstand wirken, dass der Täter noch während der laufenden Strafuntersuchung oder nach der bedingten Entlassung aus dem Strafvollzug während der Probezeit erneut delinquent.¹⁷²¹

1717 BGE 121 IV 202, E. 2d/bb; 118 IV 21, E. 2b; 116 IV 288, E. 2a; CUENDET/GENTON, forum-poenale 2017, 324; GETH⁷, Rz. 618; KILLIAS et al.², Rz. 1215; LOGOZ/SANDOZ², Art. 63 N 4c; PC CP², Art. 47 N 6; REHBERG⁷, 71; SCHULTZ AT II⁴, 77; AK StGB-SIMMLER/SELMAN, Art. 47 N 31; STEPHENSON, Anwaltsrevue 2010, 321; BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 146; mit einer umfassenden Übersicht zur Rechtsprechung StGB PK⁴-TRECHSEL/M. SEELMANN, Art. 47 N 27.

1718 Auf die Überschneidungen wies bereits HAFTER², 353 f., hin; STRATENWERTH/WOHLERS³, Art. 47 N 14; BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 146; JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 114, statuieren sogar, dass dem Zumessungskriterium der persönlichen Verhältnisse kaum eine eigenständige Bedeutung zukomme.

1719 BGE 144 IV 345, E. 2.4; 135 IV 130, E. 5.4; 117 IV 112, E. 1; DUBS, in: FG SJ, 18 f.; HAFTER², 355; KILLIAS/KUHN/DONGOIS⁴, Rz. 1215; STEPHENSON, Anwaltsrevue 2010, 321; StGB PK⁴-TRECHSEL/M. SEELMANN, Art. 47 N 28; BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 167; vgl. m.w.H. auch KUNZ, in: Frisch, 135 ff.; B.-D. MEIER, GA 2015, 443 ff.

1720 BGE 121 IV 202, E. 2d, 118 IV 21, E. 2b; BGer, Urteil 6B_759/2014 vom 24. November 2014, E. 3.2; KILLIAS et al.², Rz. 1215; WIPRÄCHTIGER, ZStrR 1996, 441; nicht ausreichend für eine Strafminderung sei hingegen korrektes Verhalten in der Untersuchungshaft oder im Strafvollzug, da ein solches vorausgesetzt werden könne (BGer, Urteil 6B_974/2009 vom 18. Februar 2010, E. 5.5).

1721 BGE 135 IV 146, E. 2.4.1; 121 IV 49, E. 2d/bb.

Der Einbezug des Nachtatverhaltens ist unter Schuldgesichtspunkten jedoch nochmals einen Schritt problematischer als etwa die Berücksichtigung des Vorlebens. Unrecht und Schuld einer Tat sind nämlich grundsätzlich mit deren Beendigung abgeschlossen, wodurch sich die Frage stellt, inwiefern das Verhalten des Täters *nach* der Tat Einfluss auf das Verschulden haben kann und darf.¹⁷²² Ein Teil der Lehre und die Praxis sehen im Nachtatverhalten eine «Erkenntnisquelle für die Täterpersönlichkeit» und stellen auf diese Weise eine Verbindung mit dem Verschulden des Täters her.¹⁷²³ Zwar sieht auch der Gesetzgeber eine Berücksichtigung des Verhaltens des Täters nach Begehung der Tat vor, indem «aufrichtige Reue» explizit als Strafmilderungsgrund in Art. 48 lit. d StGB aufgeführt wird.¹⁷²⁴ Wie jedoch aufgezeigt wurde, ist ein Rückschluss durch das Nachtatverhalten auf die innere Situation des Täters erstens sehr schwierig und zweitens in nur sehr begrenztem Ausmass möglich.¹⁷²⁵ Der Milderungsgrund der Reue etwa zielt weniger auf die indirekt einzubeziehende Täterpersönlichkeit ab, sondern belegt vielmehr, dass der Täter durch seine Einsicht die Schuld nachträglich vermindert bzw. abträgt.¹⁷²⁶ Eine geringe Strafbedürftigkeit kann sich ferner durch die nachträgliche Bekräftigung des Geltungsanspruchs der verletzten Norm im Sinne der positiven Generalprävention ergeben.¹⁷²⁷ Zu keiner pauschalen Straferhöhung dürfen grundsätzlich präventive Zwecke der Abschreckung führen, weshalb sich das Gericht auch bei diesem Zumessungskriterium im Klaren sein muss, worauf es seine Überlegungen beim Nachtatverhalten genau abstützen will.

iv. *Besondere Strafempfindlichkeit*

Der Umstand der besonderen Strafempfindlichkeit befasst sich mit der Frage, *welches Mass an Strafe* den persönlichen Verhältnissen des Täters entspricht.¹⁷²⁸

1722 Vgl. BRUNS/GÜNTGE³, 277; KASPAR, in: Juristentag, C 69.

1723 BGE 129 IV 6, E. 6.1; 113 IV 56, E. 4c; HAFTER², 355 Fn. 1; G. MAURER (1945), 88; vgl. auch BGer, Urteil 6S.348/2004 vom 20. Januar 2005, E. 4.1; KASPAR, in: Juristentag, C 69; BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 167.

1724 Vgl. vorne I.D.1.c.a1.vii.

1725 Vgl. vorne I.D.1.c.a1.vii.; s.a. STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 56; das Bundesgericht hielt aber z.B. in BGer, Urteil 6B_748/2016 vom 22. August 2016, E. 7.3 f., fest, dass sich aus dem Nachtatverhalten «in Form des Legens falscher Spuren zwecks Verdächtigung von Drittpersonen» auf das skrupellose Verhalten des Täters – und im Rahmen von dessen Ausmass auch auf die Höhe des Verschuldens bei der Strafzumessung – schliessen lasse; s.a. BGE 144 IV 345, E. 2.4.1.

1726 DUBS, in: FG SJ, 18; Botschaft, BB1 1918 V, 24; STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 53; vgl. auch vorne I.D.1.c.a1.vii.

1727 FRISCH, GA 2014, 502; vgl. vorne I.D.1.c.a1.vii.

1728 STEPHENSON, Anwaltsrevue 2010, 321; STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 61; HK StGB⁴-WOHLERS, Art. 47 N 20.

Daher wird die Strafempfindlichkeit zu den bereits abgehandelten persönlichen Verhältnissen gezählt,¹⁷²⁹ vorliegend jedoch aufgrund ihrer besonderen Ausprägungen getrennt behandelt, da sie eben *nicht die Höhe des Verschuldens* betrifft.¹⁷³⁰ Die Überlegung hinter der Berücksichtigung der Strafempfindlichkeit ist, dass nicht alle Menschen die entsprechende Strafhöhe als gleich schwerwiegenden Eingriff empfinden.¹⁷³¹ Die Strafe muss bei gleichem Verschulden entsprechend nicht gleich hoch, sondern in Relation zur Strafempfindlichkeit des Täters gleich schwer bemessen sein.¹⁷³² Dies zeigt sich anschaulich bei den Geldstrafen, wo die Berücksichtigung der Strafempfindlichkeit gesetzlich festgehalten wird. So statuiert Art. 34 Abs. 2 StGB, dass das Gericht die Höhe des Tagessatzes nach den *persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen des Täters* im Zeitpunkt des Urteils bestimmt. Da nämlich den wohlhabenden Täter bei gleicher Schuld eine niedrige Geldstrafe wesentlich schwächer trifft als denjenigen Täter, der knapp über dem Existenzminimum lebt, soll durch die Tagessatzhöhe ein gewisser Ausgleich geschaffen werden. Anders als bei der Geldstrafe ist der Einbezug der Strafempfindlichkeit bei der Freiheitsstrafe nun aber wesentlich heikler. Zum einen braucht es Klarheit darüber, was mit der Strafempfindlichkeit genau gemeint ist. In Lehre und Rechtsprechung wird dieser Begriff teilweise mit dem in Art. 47 Abs. 1 StGB genannten spezialpräventiven Merkmal der Wirkung der Strafe auf das Leben des Täters gleichgesetzt.¹⁷³³ Es empfiehlt sich jedoch, zwischen der Wirkung der Strafe im Sinne einer möglichen Beeinflussbarkeit des Täters einerseits und der Strafempfindlichkeit als Frage der Gerechtigkeit andererseits zu unterscheiden.¹⁷³⁴

1729 BGE 102 IV 231, E. 3; BGer, Urteil 6S.9/2004 vom 9. September 2004, E. 3; 6S.491/2005 vom 15. Februar 2006, E. 8; DUBS, in: FG SJ, 16; HAFTER², 354 f.; JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 115; SCHULTZ AT II⁴, 77; SCHWANDER², Rz. 429; THORMANN/VON OVERBECK (1940), Art. 63 N 5.

1730 Vgl. BGer, Urteil 6S.2/2006 vom 7. März 2006, E. 1.2 (*«L'âge du condamné ne concerne pas la faute, mais intervient sur le plan de la sensibilité du condamné face à la peine [...]»*).

1731 DUBS, in: FG SJ, 16; JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 114; P. SCHNEIDER (1979), 77; SCHWANDER², Rz. 429; STEIGER (1923), 118; vgl. auch ARZT, recht 1994, Rz. 52.

1732 BGer, Urteil 6B_14/2007 vom 17. April 2007, E. 6.4 (*«[...] le juge doit tenir compte du fait que certains délinquants sont plus durement touchés par l'exécution d'une peine privative de liberté [...]»*); 6S.9/2004 vom 9. September 2004, E. 3 (*«Es geht darum, Gleichheit in dem Sinne herzustellen, dass gleiches Verschulden mit einem gleichen Mass an Übelzufügung geahndet wird [...]»*); WIPRÄCHTIGER, ZStrR 1996, 441 Fn. 60; BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 150; vgl. auch SCHÄFER, in: FS Tröndle, 396.

1733 So etwa JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 115; StGB PK⁴-TRECHSEL/M. SEELMANN, Art. 48 N 33; BGer, Urteil 6B_14/2007 vom 17. April 2007, E. 6.4 (*«le juge prendra dorénavant en considération cette notion en référence avec les effets de la peine sur l'avenir du condamné [...]»*).

1734 So auch STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 62; vgl. auch BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 150.

Während ersteres Merkmal die Strafhöhe aufgrund präventiver Überlegungen beeinflussen kann, geht es bei letzterem um das schuldangemessene Mass der Strafe. Die präventiven Merkmale betreffen mithin die *Strafempfänglichkeit* des Täters¹⁷³⁵ und sind erst nach Festsetzung der schuldangemessenen Höhe zu berücksichtigen.¹⁷³⁶

Auch nach Vornahme dieser ersten Abgrenzung bleiben hinsichtlich der Strafempfindlichkeit einige Schwierigkeiten bestehen. Zunächst lassen sich die unterschiedlichen Strafempfindlichkeiten bei Freiheitsstrafen nicht präzise erfassen.¹⁷³⁷ Anders als bei den Geldstrafen, wo die wirtschaftliche Situation des Täters grundsätzlich einfach ermittelt werden kann, können für den Strafvollzug die unterschiedlichsten Umstände Einfluss auf das vom Täter zu erduldennde Strafübel haben. So kann die Schwere der Strafe von seinen persönlichen Verhältnissen abhängen – womit wieder der Bogen zum Zumesungsmerkmal der persönlichen Verhältnisse gespannt wird.¹⁷³⁸ Des Weiteren wies das Bundesgericht in seiner älteren Rechtsprechung etwa darauf hin, dass auch ein Kranker mehr unter einer Gefängnisstrafe leide als ein Gesunder.¹⁷³⁹ Die ältere Lehre ging noch weiter und hielt z.B. fest, dass ein «verwöhnter Aristokrat [...] die gleiche Strafe anders [empfinde] als ein Bettler»¹⁷⁴⁰ bzw. der «verwöhnte Lebemann [...] in der Strafanstalt alle Annehmlichkeiten [entbehre], während der Vagant [...] das warme Winterquartier und die reichliche Kost [schätze]». ¹⁷⁴¹ Bedient man sich jedoch solcher Argumente, kommt schnell der Verdacht der «Klassenjustiz» auf.¹⁷⁴² Dass dies nicht das Ziel der Strafzumessung sein kann, sollte heute unbestritten sein.¹⁷⁴³ Entsprechend

1735 STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 62; BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 150; auch das Bundesgericht nennt in BGer, Urteil 6S.9/2004 vom 9. September 2004, E. 3, die Strafempfindlichkeit und Strafempfänglichkeit, ohne jedoch eine Abgrenzung der beiden Ausdrücke vorzunehmen.

1736 Vgl. dazu vorne I.D.2.a.a3.ii.; s.a. SCHULTZ AT II⁴, 77.

1737 DUBS, in: FG SJ, 17; G. MAURER (1945), 52.

1738 Vgl. vorne I.D.2.b.a2.ii.

1739 BGE 96 IV 155, E. III.3 («[...] kränklich und daher besonders strafempfindlich ist [...]»); vgl. auch DUBS, in: FG SJ, 16; STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 63; HK StGB⁴-WOHLERS, Art. 47 N 20.

1740 G. MAURER (1945), 52; P. SCHNEIDER (1979), 77 m.w.H.

1741 STOOSS, ZStrR 1917, 94; vgl. auch STEIGER (1923), 118.

1742 DUBS, in: FG SJ, 17; DERS., ZStW 1982, 165; SCHÄFER, in: FS Tröndle, 398; P. SCHNEIDER (1979), 77; STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 63.

1743 BGer, Urteil 6B_14/2007 vom 17. April 2007, E. 6.4 («Il ne s'agit pas de favoriser les délinquants appartenant à la classe sociale privilégiée par rapport aux simples citoyens qui ont moins à perdre du fait de leur détention [...]»); SCHÄFER, in: FS Tröndle, 398; StGB PK⁴-TRECHSEL/M. SEELMANN, Art. 48 N 33; BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 153.

wird eine Strafminderung aufgrund der Strafempfindlichkeit nur zurückhaltend angenommen. Das Bundesgericht statuiert so in seiner Rechtsprechung wiederholt, dass eine erhöhte Strafempfindlichkeit nur bei aussergewöhnlichen Umständen bejaht werden könne.¹⁷⁴⁴ Hinsichtlich gesundheitlicher Schwierigkeiten käme eine Strafminderung so etwa nur infrage, «wenn Abweichungen vom Grundsatz einer einheitlichen Leidempfindlichkeit geboten sind, wie etwa bei Gehirnverletzungen, Schwerkranken, Taubstummen [...] oder unter Haftpsychose Leidende[n]». ¹⁷⁴⁵ Fortgeschrittenem Alter wurde vom Bundesgericht in der älteren Rechtsprechung im Rahmen der Strafempfindlichkeit noch eine gewisse Bedeutung zugemessen.¹⁷⁴⁶ So würden alte Menschen vom Strafvollzug härter getroffen als junge Personen mit einer entsprechend höheren Lebenserwartung.¹⁷⁴⁷ Davon hat sich die höchstgerichtliche Rechtsprechung zuletzt jedoch abgewandt, indem das Bundesgericht festhielt, dass es nicht von vornherein evident sei, inwiefern ein betagter Verurteilter durch den Vollzug einer Freiheitsstrafe härter getroffen werde als eine jüngere Person mit weitaus grösserer Restlebenserwartung, sofern nicht zusätzlich erhebliche gesundheitliche Beschwerden vorlägen.¹⁷⁴⁸ Zu keiner Strafminderung kam es so etwa bei einem beinahe 70-jährigen Straftäter ohne nennenswerte gesundheitliche Beschwerden.¹⁷⁴⁹ Eine erhöhte Strafempfindlichkeit wurde hingegen angenommen bei einem im Urteilszeitpunkt 75-jährigen Mann, der zusätzlich unter Herzproblemen litt.¹⁷⁵⁰

Auch die berufliche und familiäre Situation wird nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nur in Ausnahmefällen berücksichtigt. Zwar sei

1744 BGER, Urteil 6B_748/2015 vom 29. Oktober 2015, E. 1.3; 6B_470/2009 vom 23. November 2009, E. 2.5; 6B_921/2008 vom 21. August 2009, E. 6.4; 6B_895/2008 vom 14. April 2009, E. 4.3.4; vgl. auch AK StGB-SIMMLER/SELMAN, Art. 47 N 33.

1745 BGER, Urteil 6B_744/2012 vom 9. April 2013, E. 3.3; 6B_572/2010 vom 18. November 2010, E. 4.5; s.a. JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 115.

1746 BGE 92 IV 201, E. Id («[...] der Beschwerdeführer, der bei der Eröffnung der Strafuntersuchung im Dezember 1956 63 Jahre alt war, inzwischen 73 Jahre alt geworden ist und der Vollzug der Strafe ihn heute bedeutend härter trifft, als es noch in seinen Sechzigerjahren der Fall gewesen wäre. Diese inzwischen erheblich erhöhte Strafempfindlichkeit [...]»); zustimmend auch JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 115; STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 63.

1747 BGE 96 IV 155, E. III.4; 92 IV 201, E. Id; vgl. auch G. MAURER (1945), 52; STOECKLIN (1971), 62; STRENG, JR 2007, 271 ff.

1748 BGER, Urteil 6B_291/2012 vom 16. Juli 2013, E. 6.3; 6B_446/2011, Urteil vom 27. Juli 2012, E. 9.4; 6P.181/2006 vom 3. Januar 2007, E. 4.4.3; 6S.2/2006 vom 7. März 2006, E. 1.2; 6P.152/2005 vom 15. Februar 2006, E. 8.2; ebenso BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 155.

1749 BGER, Urteil 6S.2/2006 vom 7. März 2006, E. 1.2 («Il n'est par ailleurs pas qu'il souffre de graves problèmes de santé qui le rendraient plus sensible à la peine.»).

1750 BGER, Urteil 6B_572/2010 vom 18. November 2010, E. 4.5.

unbestritten, dass der Strafvollzug für die Angehörigen eine grosse Belastung darstelle. Dies sei jedoch eine unvermeidbare Konsequenz jeder freiheitsentziehenden Sanktion.¹⁷⁵¹ Eine erhöhte Strafempfindlichkeit wurde so in einem Fall angenommen, als ein Kind der beschuldigten Person 15 Tage nach der erstinstanzlichen Verhandlung geboren wurde.¹⁷⁵² Ebenfalls als erhöht strafempfindlich wurde eine Mutter von zwei Kindern angesehen.¹⁷⁵³ Demgegenüber hielt das Bundesgericht fest, dass die Verbüssung einer Freiheitsstrafe für jede arbeitstätige Person mit einer gewissen Härte verbunden sei.¹⁷⁵⁴

In der Tat ist eine erhöhte Strafempfindlichkeit nicht leichthin pauschal anzunehmen. Zwar liegt der Vorteil ihrer Berücksichtigung in einer Verfeinerung und Individualisierung des Strafzumessungsvorgangs, jedoch darf dabei die Gefahr nicht ausser Acht gelassen werden, dass eine Empfindlichkeitszuschreibung aufgrund der jeweiligen sozialen Stellung oder des persönlichen Anspruchsniveaus zu einer Diskriminierung bestimmter sozialer Schichten führen kann. Es kann nicht genug wiederholt werden, dass jedwede Privilegierungen im Sinne einer «Klassenjustiz» zu vermeiden sind.¹⁷⁵⁵

v. Verhalten des Staates

Auch das Verhalten des Staates kann schliesslich Einfluss auf die Verschuldenshöhe zeitigen, wobei dieses den Täter grundsätzlich entlastet.¹⁷⁵⁶ Einerseits wird in diesem Zusammenhang der Einsatz von *V-Leuten* genannt, die etwa auf die Stärke des deliktischen Willens des Täters schliessen lassen. Hierfür kann auf die bereits erfolgten Ausführungen im entsprechenden Kapitel verwiesen werden.¹⁷⁵⁷

1751 BGer, Urteil 6B_470/2009 vom 23. November 2009, E. 2.5; zu den Angehörigeninteressen in der Strafzumessung s. GERMANIER (2019), *passim*, m.w.H.

1752 BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 154; s.a. BGer, Urteil 6S_59/2005 vom 2. Oktober 2006, E. 7.4 (E. nicht publiziert in BGE 132 IV 132), in dem das Bundesgericht die Ausführungen der Vorinstanz stützte, wonach die Täterin für ein Kind im Kindergartenalter zu sorgen habe und eine erneute Versetzung in den Strafvollzug eine wiederholte Trennung von ihrem Kind bedeuten und sie dadurch unverhältnismässig hart treffen würde.

1753 BGer, unv. Urteil 6S.750/1995 vom 13. März 1996.

1754 BGer, Urteil 6B_748/2015 vom 29. Oktober 2015, E. 1.3; 6B_375/2014 vom 28. August 2014, E. 2.6; 6B_605/2013 vom 13. Januar 2014, E. 2.4.3; 6B_740/2011 vom 3. April 2012, E. 3.4.

1755 So auch BGer, Urteil 6B_14/2007 vom 17. April 2007, E. 6.4 («*Il ne s'agit pas de favoriser les délinquants appartenant à la classe sociale privilégiée par rapport aux simples citoyens qui ont moins à perdre du fait de leur détention [...]»*); DUBS, in: FG SJ, 17; P. SCHNEIDER (1979), 78; STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 63; StGB PK⁴-TRECHSEL/M. SEELMANN, Art. 47 N 31; BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 161.

1756 STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 58.

1757 Vgl. vorne I.D.2.b.a1.

Strafmindernd wirkt ferner eine Verletzung des *Beschleunigungsgebots* durch den Staat.¹⁷⁵⁸ Dieses in Art. 29 Abs. 1 BV, Art. 6 Ziff. 1 EMRK, Art. 14 Ziff. 3 lit. c UNO-Pakt II und Art. 5 StPO festgeschriebene Gebot verpflichtet die Behörden, das Strafverfahren zügig voranzutreiben, um den Beschuldigten nicht unnötig über die gegen ihn erhobenen Vorwürfe im Ungewissen zu lassen.¹⁷⁵⁹ Fraglich ist hierbei jedoch, inwiefern eine staatliche Verfahrensverzögerung Einfluss auf das Verschulden zeitigt. Wie beim Zeitablauf nach Art. 48 lit. e StGB ist ein solcher Zusammenhang denn auch zu verneinen.¹⁷⁶⁰ Vielmehr handelt es sich um eine *Kompensation* des Staats durch eine Strafreduktion, die mit den Zwecküberlegungen der Strafzumessung i.e.S. wenig zu tun hat.¹⁷⁶¹ Neben einer Strafminderung kann eine Verletzung in «extremen Fällen» sogar zu einer Einstellung des Verfahrens führen.¹⁷⁶² Die Rechtsprechung hat sich mit dem Verzicht auf Strafe oder sogar der Einstellung von Verfahren aufgrund der Verletzung des Beschleunigungsgebots bisher jedoch zurückgehalten. So wurden vom Bundesgericht auch bei sehr langen Verfahrensverzögerungen Reduktionen der Strafe um lediglich 20 %-25 % als noch sachgerecht erachtet.¹⁷⁶³ In einem kantonalen Entscheid wurde selbst bei einer massiven Verletzung des Beschleunigungsgebots nur auf eine Strafreduktion von 50 % erkannt.¹⁷⁶⁴ Sogar bei den extremsten Fällen, etwa einer unbegründeten Verfahrensverzögerung von sieben Jahren und elf Monaten, wurde vom Bundesgericht eine Reduktion der Strafe um zwei Drittel noch als angemessen erachtet.¹⁷⁶⁵

a3. Zwischenfazit

Zusammenfassend gilt es zu konstatieren, dass die Tatkomponenten grundsätzlich das Ausmass des Verschuldens im Einzelfall bestimmen. Wie aufgezeigt

1758 BGE 122 IV 103, E. VII.1c; KILLIAS et al.², Rz. 1020; STEPHENSON, Anwaltsrevue 2010, 321; STRATEN WERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 60, 107; StGB PK⁴-TRECHSEL/M. SEELMANN, Art. 48 N 24; WIPRÄCHTIGER, ZStrR 1996, 442; BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 48 N 43 m.w.H.; HK StGB⁴-WOHLERS, Art. 48 N 10; vgl. auch schon Bericht VE-StGB/1987, 125 f.

1759 BGE 117 IV 124, E. 3; BGer, Urteil 6S.512/2001 vom 18. Dezember 2001, E. 11c/bb.

1760 I.D.1.c.ai.viii.

1761 SSW StGB⁵-ESCHELBACH, § 46 N 168, spricht von einer «*pragmatischen Billigkeitserwägung*».

1762 BGE 117 IV 124, E. 4d; 124 I 139, E. 2a; BGer, Urteil 6P.128/2001 vom 18. Dezember 2001, E. 11c/bb; 6B_348/2013 vom 12. Juli 2013, E. 2.2; CR CP I²-PELLET, Art. 48 N 46.

1763 BGer, Urteil 6S.98/2003 vom 22. April 2004, E. 2.3; 6S.335/2004 vom 23. März 2005, E. 6.5; 6P.191/2006 vom 17. März 2007, E. 5; 6B_294/2008 vom 1. September 2008, E. 7.8.2; 6B_711/2012 vom 17. Mai 2013, E. 9.

1764 KGer BL, Urteil 100 10 608 vom 5. November 2010, abgedruckt in: BJM 2011, 225.

1765 BGer, unv. Urteile 6P.76/1998 und 6S.351/1998 vom 15. September 1998, E. 1e, einsehbar in Pra 88 (1999) Nr. 4.

wurde, betrifft ein Teil der Täterkomponenten demgegenüber (auch) präventive Anliegen. Man kann zwar – wie vorliegend – anzweifeln, ob entsprechende Überlegungen – neben dem Resozialisierungsgedanken – Berücksichtigung finden sollten, gänzlich entziehen kann sich das Gericht (und auch der Gesetzgeber) deren Einbeziehung in den Strafzumessungsvorgang aufgrund der aktuellen Praxis aber wohl nicht. Lässt man so weitere spezialpräventive Zwecke in die Strafzumessung i.e.S. einfließen, sollte man sich immerhin dessen bewusst sein und dadurch eine kritische Diskussion zulassen. Zu lange wurden jedoch v.a. (aber nicht nur) bei den Vorstrafen die Bedürfnisse der Prävention und der Schuldgedanke vermischt. Dies kann dazu führen, dass eine Strafe aus spezialpräventiven Gründen unter dem Denkmantel der Schuld erhöht wird und dadurch dem Schuldüberschreitungsverbot zuwiderläuft. Daher gilt es im Einzelfall zu prüfen, ob sich die jeweilige Täter- (und auch Tat-) Komponente auf die Höhe des Verschuldens bezieht oder nicht eher präventive Gesichtspunkte betrifft. Eine klare Trennung führt zwar dazu, dass präventive Komponenten – bei Anwendung der Spielraumtheorie – nicht den Schuldrahmen bestimmen können, sie jedoch in einem zweiten Schritt innerhalb desselben zur Anwendung gelangen. Lässt man sodann auch eine Unterschuldstrafe zu, können positive spezial- und generalpräventive Umstände auch dort zur Anwendung gelangen. Jedenfalls sollte es unter allen Umständen vermieden werden, präventive Überlegungen beim Strafzumessungsvorgang zu verschweigen, da diese sonst entweder in den Schuldbegriff integriert oder gänzlich verheimlicht werden, wodurch die Überprüfung eines korrekten Strafzumessungsvorgangs nicht möglich ist.¹⁷⁶⁶ Doch auch bei einer klaren Trennung von Verschuldensgesichtspunkten und präventiven Überlegungen ist bei vielen Umständen unklar, ob sie überhaupt für die Strafhöhenbemessung herangezogen werden dürfen oder nicht etwa schon «verbraucht» sind, weil sie z.B. überhaupt erst zur Anwendung eines (qualifizierteren) Strafrahmens geführt haben. Darauf gilt es jedoch noch eingehend im zweiten Teil der vorliegenden Abhandlung einzugehen.¹⁷⁶⁷

c. Logische Strafzumessungsgründe

Die logischen Strafzumessungsgründe sind schliesslich die sog. verknüpfenden Faktoren, will heissen diejenigen durch das Gericht vorzunehmenden Erwägungen, die – gestützt auf die finalen und realen Strafzumessungsgründe – zur korrekten Einordnung des konkreten Falls in den jeweiligen Strafrahmen

¹⁷⁶⁶ Vgl. P. ALBRECHT, ZStrR 1991, 55f.

¹⁷⁶⁷ Siehe hinten II.

führen.¹⁷⁶⁸ In der vorliegenden Abhandlung soll darauf nicht der Schwerpunkt gelegt werden. Wie in der Einleitung erwähnt wurde, ist bei den logischen Strafzumessungsgründen eines der grössten Probleme (wenn nicht sogar *das* Problem) der Strafzumessung auszumachen, nämlich die konkrete Umwandlung des Verschuldensmasses in eine bestimmte Strafhöhe. Allein die Annäherung an diese Problematik, geschweige denn ein exakter Lösungsvorschlag, würde den Rahmen der vorliegenden Untersuchung bei Weitem sprengen. Gleichwohl gilt es, der Leserschaft nachfolgend im Sinne der Vollständigkeit einen summarischen Überblick über die logischen Strafzumessungsgründe zu verschaffen.

a1. Festlegung der Bewertungsrichtung der Strafzumessungstatsachen

Nachdem zuvor die realen Strafzumessungsgründe, d.h. die strafzumessungsrelevanten Tatsachen, ermittelt werden konnten, ist in einem weiteren Schritt deren *Bewertungsrichtung* zu bestimmen. Mit anderen Worten ist zu eruieren, ob eine zu berücksichtigende Strafzumessungstatsache das Verschulden erhöht oder vermindert resp. sich zugunsten oder zulasten des Täters auswirkt.¹⁷⁶⁹ Zur Art und Weise, wie die einzelnen Strafzumessungstatsachen zu berücksichtigen sind, enthält das Gesetz einige Anhaltspunkte. Zugunsten des Täters, d.h. strafmindernd, wirken sich so etwa alle Umstände aus, die in die Nähe der gesetzlichen Strafmilderungsgründe kommen, ohne die jeweiligen Voraussetzungen gänzlich zu erfüllen, seien es die in Art. 48 StGB aufgeführten oder die übrigen besonderen Milderungs-, Entschuldigungs- oder Rechtfertigungsgründe.¹⁷⁷⁰ Sind die Strafmilderungsgründe selbst vorhanden, kann zusätzlich zu einer Strafmilderung innerhalb des ordentlichen Strafrahmens auch – je nach Ausmass des Milderungsgrunds – eine Strafe ausserhalb desselben angeordnet werden oder es ist im Falle des Vorliegens eines Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgrunds von einer Bestrafung abzusehen.¹⁷⁷¹ Straferhöhend wirkt ferner, was einem Qualifikationsmerkmal nahe steht, etwa Elemente der Skrupellosigkeit bei einer vorsätzlichen Tötung.¹⁷⁷² Ansonsten

1768 ARZT, recht 1994, 143 f.; StGB PK⁴-TRECHSEL / M. SEELMANN, Art. 47 N 9.

1769 BGE 127 IV 101, E. 2c («*Cela étant, le juge doit exposer, dans sa décision, les éléments essentiels relatifs à l'acte ou à l'auteur qu'il prend en compte, de manière à ce que l'on puisse constater que tous les aspects pertinents ont été pris en considération et comment ils ont été appréciés, que ce soit dans un sens atténuant ou aggravant [...]*»); MATHYS², Rz. 73 f.; B.-D. MEIER⁵, 167; LK StGB IV¹³-U. SCHNEIDER, § 46 N 61.

1770 StGB PK⁴-TRECHSEL / M. SEELMANN, Art. 47 N 19; vgl. auch BGE 71 IV 183, E. 5; P. ALBRECHT, ZStrR 1991, 48.

1771 Vgl. vorne I.D.1.c.; s.a. MATHYS², Rz. 159 ff.

1772 BGE 121 IV 49, E. 2d/aa («*Das nach den zutreffenden Ausführungen im angefochtenen Urteil egoistische und rücksichtslose Verhalten des Beschwerdegegners enthält, auch*

hält das Gesetz jedoch nicht selbst fest, welche Strafzumessungstatsachen unter allen erdenklichen Umständen für oder gegen den Täter ins Feld geführt werden können. Bei gewissen Strafzumessungstatsachen kann sich die Bewertungsrichtung je nach angewandten Strafzwecküberlegungen zudem auch verändern. Wie beim Zumessungsgrund des Vorlebens ausgeführt wurde, lassen etwa einerseits gestörte familiäre Verhältnisse des Täters das Verschulden als geringer erscheinen, andererseits werden dadurch die Chancen auf zukünftige Delinquenz eher höher einzuschätzen sein. Diese Problematik wird in der Lehre als «Ambivalenz der Strafzumessungstatsachen» bezeichnet.¹⁷⁷³ Diese ambivalenten Bewertungen können jedoch in vielen Fällen systematisch zufriedenstellend im Rahmen der Spielraumtheorie in den Zumessungsentscheid miteinbezogen werden.¹⁷⁷⁴ Eine gewisse Schwierigkeit stellt aber bei bestimmten Zumessungstatsachen der Umstand dar, dass zweifelhaft ist, ob sich diese überhaupt belastend oder entlastend auswirken.¹⁷⁷⁵ Unklar ist oftmals auch, was die Nullvariante, d.h. der – neutral zu wertende – Normalfall einer Zumessungstatsache ist.¹⁷⁷⁶ Schlussendlich liegt die Beurteilung der Bewertungsrichtung zwar zu einem grossen Teil im Ermessen des erkennenden Gerichts, jedoch wäre es zweifellos wünschenswert, wenn dieser Problembereich eine eingehendere wissenschaftliche Rezeption erfahren würde. Vorliegend muss aber auf eine solche Beleuchtung verzichtet werden.

a2. Abwägung aller Strafzumessungstatsachen gegeneinander

Sobald das Gericht die Bewertungsrichtungen der Strafzumessungstatsachen festgelegt hat, sind diese zu *gewichten* sowie gegeneinander *abzuwägen*.¹⁷⁷⁷ Mit «*Gewichtung*», die auch in Art. 50 StGB bei der gerichtlichen Begründungspflicht erwähnt wird, ist gemeint, dass das Gericht festzulegen hat, welche

wenn es nicht als ‚besonders skrupellos‘ im Sinne des Mordtatbestandes [...] zu qualifizieren ist, Elemente der Skrupellosigkeit, die sich bei der Strafzumessung innerhalb des in Art. 111 StGB für den Tatbestand der vorsätzlichen Tötung vorgesehenen Strafrahmens erheblich erschwerend auswirken müssen»).

1773 BRUNS/GÜNTGE³, 305 f.; MATHYS, SJZ 2004, 176; B.-D. MEIER⁵, 167; LK StGB IV¹³-U. SCHNEIDER, Vor §§ 46 N 71; vgl. auch FOTH, JR 1985, 398; FRISCH, GA 1989, 338 ff.

1774 Vgl. LK StGB IV¹³-U. SCHNEIDER, § 46 N 71.

1775 BRUNS/GÜNTGE³, 305; FRISCH, GA 1989, 338 ff.; vgl. auch FOTH, JR 1985, 398.

1776 JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 102; MATHYS, SJZ 2004, 177; BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 46.

1777 BGer, Urteil 6B_401/2007 vom 8. November 2007, E. 4.2 («Der Richter hat im Urteil die wesentlichen Tat- und Täterkomponenten so zu erörtern, dass festgestellt werden kann, [...] wie sie gewichtet wurden [...]»); MATHYS², Rz. 74 («[...] muss erkennbar sein, in welchem Mass sich die Erhöhung bzw. Minderung auswirkt [...]»); vgl. auch BRUNS/GÜNTGE³, 318 f.; BKK⁷⁰-FISCHER, § 46 N 72; KASPAR, in: Juristentag, C 95 ff.; S/S³⁰-KINZIG, § 46 N 6; B.-D. MEIER⁵, 168; LK StGB IV¹³-U. SCHNEIDER, § 46 N 1.

Bedeutung den im konkreten Fall einschlägigen Zumessungstatsachen im Vergleich zueinander zugemessen werden soll;¹⁷⁷⁸ für die Bestimmung des Verschuldens – sowie auch der präventiven Relevanz – kommt denn auch nicht allen Umständen dieselbe Bedeutsamkeit zu.¹⁷⁷⁹ Wie aber die verschiedenen Zumessungstatsachen zu gewichten sind, kann weder dem Gesetz noch der bundesgerichtlichen Rechtsprechung entnommen werden. Im Gegensatz zu den Bewertungsrichtungen, die zumindest teilweise aus dem Gesetz abgeleitet werden können und zu denen sich eine umfangreiche Praxis herausgebildet hat, finden sich in den Bestimmungen von Art. 47 ff. StGB keine Hilfestellungen – mit Ausnahme der (verminderten) Zurechnungsfähigkeit selbst – zum Gewicht der jeweilig abzuwägenden Zumessungstatsachen.

Bei der *Abwägung* geht es sodann darum, die zuvor gewichteten Zumessungstatsachen in einen wertenden inneren Zusammenhang zueinander zu bringen. Letzteres stellt in der Praxis oftmals ein Problem dar.¹⁷⁸⁰ Insbesondere noch vor der «Revolution» der Strafzumessung durch das Bundesgericht in den 1990er-Jahren wurden die einzelnen strafmindernden oder strafe erhöhenden Umstände grundsätzlich nur aufgezählt, woraus jedoch nicht ersichtlich wurde, welche Bewertungsrichtung, geschweige denn Gewichtung, den einzelnen Merkmalen zuerkannt und wie sie gegeneinander abgewogen wurden.¹⁷⁸¹ Zwar verlangte in der Folge das Bundesgericht, dass das Sachgericht die Überlegungen, die es bei der Zumessung der Strafe angestellt habe, in seinem Urteil in den Grundzügen darstellen und die Strafzumessung so gut wie möglich nachvollziehbar machen müsse. Dann nämlich sei es auch möglich zu prüfen, ob es sich von zutreffenden oder unzutreffenden Gesichtspunkten habe leiten lassen und ob es sich bei der Gewichtung der relevanten Faktoren im Rahmen seines weiten Ermessens gehalten habe. Besonders hohe Anforderungen an die Begründung der Strafzumessung wurden neben einer ungewöhnlich bzw. auffallend hohen Strafe auch bei einer auffallend milden Bestrafung verlangt.¹⁷⁸² Das Bundesgericht stellte dabei jedoch klar, dass das Gericht dadurch nicht verpflichtet sei, im Urteil in absoluten Zahlen oder

1778 BGer, Urteil 6B_417/2012 vom 14. Januar 2013, E. 4.3 («Die für die Zumessung der Strafe erheblichen Umstände und deren Gewichtung müssen [...] im Hinblick auf eine transparente, in den Grundzügen nachvollziehbare und überprüfbare Strafzumessung aus dem Urteil hervorgehen»).

1779 B.-D. MEIER⁵, 168.

1780 P. ALBRECHT, ZStrR 1991, 50; HAUSER (1985), 35; STOECKLIN (1971), 77; STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 91; WIPRÄCHTIGER, ZStrR 1993, 184; BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 87; vgl. auch BRUNS/GÜNTGE³, 318.

1781 P. ALBRECHT, ZStrR 1991, 50; HAUSER (1985), 35; STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 91; vgl. dazu auch vorne I.C.6.

1782 BGE 121 IV 49, E. 2a/aa; s.a. BGE 118 IV 14, E. 2; P. ALBRECHT, ZStrR 1991, 45 ff.

Prozenten anzugeben, inwieweit es bestimmte strafzumessungsrelevante Tatsachen strafferhöhend oder strafmindernd berücksichtigt habe. Das Bundesrecht verlange nämlich nicht das Anstellen derartiger Berechnungen.¹⁷⁸³ Fest steht immerhin, dass sich die einzelnen Zumessungskomponenten – bei entgegenlaufenden Bewertungsrichtungen – gegenseitig kompensieren können.¹⁷⁸⁴ Eine solche Kompensation hat das Bundesgericht etwa explizit hinsichtlich der Strafmilderungs- und Schärfungsgründe ausgeführt.¹⁷⁸⁵ In der Praxis bleibt oftmals aber gleichwohl unklar, inwiefern eine solche Verrechnung stattfindet.¹⁷⁸⁶ Dies liegt wohl nicht zuletzt daran, dass – wie auch bei der Beurteilung der Bewertungsrichtung – das Bundesgericht trotz seiner seit den 1990er-Jahren zunehmend strukturierten Vorgaben für die Strafzumessung dem Sachgericht auch bei der Gewichtung und Abwägung der Strafzumessungstatsachen weiterhin ein erhebliches Ermessen zugesteht.

a3. Festsetzung der konkreten Strafe unter Umsetzung der gewonnenen Anhaltspunkte

i. Die Verknüpfungsproblematik

«Wer von uns trägt den festen Massstab der Gleichung zwischen [dem Verbrechen] und der Strafe im Busen? [...] Zwischen Strafurteil und Strafvollzug ist keine Brücke. Der Richter verfügt über Strafgrößen, deren wahrer Wert ihm unbekannt ist.»¹⁷⁸⁷

Bereits vorstehendes Zitat weist darauf hin, dass der schwierigste Schritt bei der Strafzumessung i.e.S. schliesslich die gestützt auf die finalen und realen Strafzumessungsgründe – deren Bewertungsrichtung und Gewicht festgelegt und die gegeneinander abgewogen wurden – vorzunehmende Festsetzung der konkreten Strafhöhe in Einheiten Geld- oder Freiheitsstrafe (oder Bussenhöhe) darstellt. Es geht hierbei um die sog. *Verknüpfungsproblematik*, also die korrekte Einordnung des schuldhaft begangenen Delikts in dessen Straffrahmen;

1783 BGE 118 IV 14, E. 2; 116 IV 288, E. 2b; s. dazu auch WIPRÄCHTIGER, ZStrR 1996, 425; eine Ausnahme davon stellt der Fall der retrospektiven Konkurrenz dar, BGE 118 IV 119, E. 2; s. dazu auch KILLIAS, in: FS Gauthier, 48; NAY, ZStrR 1994, 176 f.; REHBERG⁷, 78.

1784 StGB PK⁴-TRECHSEL/M. SEELMANN, Art. 47 N 36; BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 87; vgl. auch SSW StGB⁵-ESCHELBACH, § 46 N 192; S/S³⁰-KINZIG, § 46 N 6.

1785 BGE 116 IV 300, E. 2a; BGer, Urteil 6B_794/2008 vom 1. Dezember 2008, E. 2.2; vgl. auch CUENDET/GENTON, forumpoenale 2017, 323; krit. zu der dortigen «Kompensation» der verminderten Zurechnungsfähigkeit bei echter Konkurrenz von mehreren Tötungsdelikten REHBERG⁷, 65; SCHULTZ, ZBJV 1992, 9; WIPRÄCHTIGER, ZStrR 1996, 448 Fn. 85; s.a. StGB PK⁴-TRECHSEL/M. SEELMANN, Art. 49 N 9.

1786 Vgl. P. ALBRECHT, ZStrR 1991, 48.

1787 WACH (1890), 41 f.

hierbei ist die Straftat basierend auf der festgestellten Verschuldenshöhe in eine Schwereskala aller denkbaren Fälle innerhalb des einschlägigen Strafrahmens einzureihen.¹⁷⁸⁸ Dies führt bei der Anwendung der Spielraumtheorie im Ergebnis zu einem Schuldrahmen, innerhalb dessen schliesslich noch präventive Gesichtspunkte zu berücksichtigen sind.¹⁷⁸⁹ Das Problem stellt nun der Umstand dar, dass kein relativer Massstab (je schwerer das Verschulden, umso höher die Strafe) mehr anzuwenden, sondern eine konkrete Umwertung von relativen Aussagen in absolute Zahlen erforderlich ist.¹⁷⁹⁰ Die zuvor vorgenommene Gewichtung und Abwägung im Sinne einer relativen Schwereinschätzung hat nämlich noch nicht zu einer konkreten Strafhöhe geführt.

Zu dieser Umwandlung von Verschulden in Strafhöhe wird in der Lehre zum Teil festgehalten, dass Schuld und Strafe grundsätzlich nicht miteinander vergleichbar seien; schon der Gesetzgeber sei ausserstande, zwingend zu begründen, warum ein bestimmtes Delikt mit dieser oder jener konkreten Strafe bedroht sei.¹⁷⁹¹ Auch gegen das Vorgehen der Gerichte wird etwa vorgebracht, dass Letztere im Rahmen der Urteilsfindung zuerst auf eine Strafhöhe befänden, die sie dann im Nachhinein zu begründen versuchten; diese Vorgehensweise wurde so auch schon als «fünfte Grundrechenart» bezeichnet.¹⁷⁹² In der Tat vermögen die Gerichte die Umwertung des Verschuldens in

1788 P. ALBRECHT, ZStR 1991, 48; BRUNS/GÜNTGE³, 323; DIEZ (1944), 9 («Der Richter hat gewissermassen die Gleichung herzustellen zwischen Tat, Verschulden und Strafe [...]»); SSW StGB⁵-ESCHELBACH, § 46 N 190; HAUSER (1985), *passim*; KASPAR, in: Juristentag, C 95; LINIGER, SJ 1996, 581; B.-D. MEIER⁵, 168; PFENNINGER, SJZ 1934, 211 («[...] zwischen Verbrechen und Strafe eine Gleichung herzustellen [...]»); StGB PK⁴-TRECHSEL/M. SEELMANN, Art. 47 N 36.

1789 Vgl. vorne I.D.2.a.a3.ii.

1790 HÖRNLE, in: Frisch/von Hirsch/H.-J. Albrecht, 99; HORSTKOTTE, in: Jehle, 157, spricht von einem «fehlenden Wechselkurs zwischen Schuldquantum und Strafquantum [...]»; KASPAR, in: Juristentag, C 95; KILLIAS et al.², Rz. 1208; so auch bereits PFENNINGER, SJZ 1934, 211 («[...] zwischen Verbrechen und Strafe eine Gleichung herzustellen. Wir können zwar sagen: Je schwerer die Tat, um so schwerer die Strafe, aber wir erhalten damit nur einen relativen Massstab, der uns zwar lehrt, ein schweres Verbrechen strenger als ein leichteres zu bestrafen, uns aber damit keine bestimmte Strafe für das schwerere an die Hand gibt, sondern höchstens eine um so viel härtere Strafe, als wir zur Ahndung des leichtern Deliktes ausfällen»).

1791 ANDRISSEK (2017), 196; LINIGER, SJ 1996, 580; STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 80 («Den Unrechts- und Schuldgehalt einer Tat in absolute Strafgrössen umzusetzen, ist ausgeschlossen [...]»); vgl. auch KILLIAS et al.², Rz. 1208.

1792 So der Verweis von P. ALBRECHT, ZStR 1991, 45, auf HEIN, in: Naumann, 60 («Die fünfte Grundrechenart besteht darin, dass zuerst der Schlussstrich gezogen und das erforderliche und gewünschte Ergebnis darunter geschrieben wird. Das gibt dann einen festen Halt für die waghalsigen Operationen, die anschliessend und über dem Schlussstrich erfolgen. Dort nämlich wird dann addiert und summiert, dividiert und abstrahiert, multipliziert und negiert, subtrahiert und geschönt, gross- und kleingeschrieben nach Bedarf, wird die Wurzel gezogen und gelegentlich auch schlicht gelogen»).

eine konkrete Sanktionshöhe in ihren Urteilsbegründungen nur unzureichend fassbar zu machen, erscheint am Schluss vieler Strafzumessungsentscheide doch plötzlich «wie die Taube aus dem Hut des Zauberers» eine bestimmte Strafhöhe, die zumeist durch einen Satz im Sinne von «Aus allen diesen Gründen erscheint eine Strafe von [...] dem Verschulden des Angeklagten angemessen» «begründet» wird.¹⁷⁹³ Diese vielfach als unverständlich angesehene «Herleitung» der Strafhöhe bzw. die Umwertung von Verschulden in Strafe fusst dabei auf mannigfaltigen Problemkreisen: So stellt sich etwa die Frage, ob das Gericht bei den verschiedenen Tatbeständen von einer unabhängigen «Einsatzstrafe» auszugehen hat.¹⁷⁹⁴ Wenn man bei den im konkreten Fall vorliegenden Strafzumessungstatsachen nämlich von ihren be- und entlastenden Wirkungen ausgeht, so wird damit eigentlich gedanklich vorausgesetzt, dass grundsätzlich eine von diesen unabhängige Einsatzstrafe vorliegt, die je nach einschlägigem Strafzumessungskriterium erhöht oder verringert wird.¹⁷⁹⁵ Für die Bestimmung dieser Einsatzstrafe bzw. die dafür zu berücksichtigenden Faktoren bestehen aber keinerlei Vorgaben, und auch das Bundesgericht hat diesbezüglich festgehalten, dass mangels «allgemeingültiger Tarife» dem Gericht innerhalb des jeweiligen Strafrahmens ein grosser Ermessensspielraum zukomme.¹⁷⁹⁶ Auch unabhängig von einer Einsatzstrafe ist sodann fraglich, an welchem Punkt überhaupt in den – oftmals sehr weiten – jeweiligen Strafrahmens einzusteigen ist.¹⁷⁹⁷ Auch dazu hat sich die höchstrichterliche Rechtsprechung bislang noch nicht geäussert.

Das Bundesgericht ist in seiner jüngeren Rechtsprechung jedoch zumindest dazu übergegangen, von den Sachgerichten zu verlangen, bei der Bewertung des gesamthaften objektiven und subjektiven Tatverschuldens eine

1793 P. ALBRECHT, ZStrR 1991, 50; so etwa StrGer BL, Urteil vom 8. August 1991, S. 12 («Dies führt das Gericht [...] zur Bestimmung einer Gefängnisstrafe von 17 Monaten und 10 Tagen [...]»); AppGer BS, Urteil SB.2019.117 vom 6. Mai 2021, E. 1.5 («Auf dem Boden einer umfassenden Würdigung dieser Umstände erachtet das Appellationsgericht eine hypothetische Einsatzstrafe von 6 Monaten für schuldadäquat [...]»); vgl. auch KIENER, ZStrR 2007, 354; StGB PK⁴-TRECHSEL / M. SEELMANN, Art. 47 N 36 («vergleichbar einem deus ex machina [...]»); WIPRÄCHTIGER, ZStrR 1993, 184.

1794 So schon MEYER VON SCHAUENSEE, ZStrR 1894, 131.

1795 MEYER VON SCHAUENSEE, ZStrR 1894, 131 («Ein alter Streit herrscht ferner darüber, von welchem zwischen Maximum und Minimum liegenden Punkt aus nach der einen Seite Mehrung, nach der andern Minderung der Strafe stattzufinden habe [...]»); REHBERG⁷, 66; vgl. auch GRASSBERGER (1932), 78 («gesetzliche Normalstrafe [...]»).

1796 BGE 118 IV 14, E. 2; REHBERG⁷, 67.

1797 KASPAR, in: Juristentag, C 94, 97 ff.; MEYER VON SCHAUENSEE, ZStrR 1894, 131; B.-D. MEIER⁵, 168 mit Verweis auf die deutsche Lehre, in der Konstrukte wie der «normative Normalfall» oder der «statistisch am häufigsten vorkommende [...] Regelfall [...]» für die Einordnung in die Strafrahmens diskutiert werden; vgl. auch FRISCH, ZStW 1987, 789 ff.

Einordnung in eine relative Schwere skala vorzunehmen, in der das Verschulden zwischen «leicht», «mittelschwer» bis «schwer bzw. erheblich» festzusetzen sei.¹⁷⁹⁸ Gibt der Strafrahmen die Eckpunkte des Verschuldens im Sinne eines denkbar leichtesten und schwersten Falles an, kann eine solche Abstufung nach Schweregraden immerhin ein Grobraster darstellen, um eine Einordnung zwischen den Eckpunkten vorzunehmen.¹⁷⁹⁹ Fraglich ist aber auch hier, ob man etwa die verschiedenen Schweregrade gleichmässig über den Strafrahmen verteilt oder die meisten Fälle in der unteren Hälfte des Strafrahmens ansiedelt und den oberen Bereich den schwersten Fällen vorbehält.¹⁸⁰⁰ Abzuraten ist von der Vorgehensweise, etwa den «praktisch vorkommenden Durchschnittfall» eines Tatbestands jeweils in der Mitte des möglichen Strafrahmen einzuordnen, ist ein solcher doch regelmässig von geringerer Schwere.¹⁸⁰¹ Zudem ist es schwerlich möglich, diesen «Durchschnittsfall» überhaupt zu ermitteln.¹⁸⁰²

Der in der Praxis wohl wichtigste Orientierungspunkt für eine «Lösung» der Verknüpfungsproblematik stellt der Quervergleich mit bereits zuvor getroffenen Strafzumessungsentscheiden hinsichtlich vergleichbarer Varianten desselben Tatbestands desselben Gerichts oder anderer (kantonaler) Gerichte dar.¹⁸⁰³ Damit können die Gerichte zum Teil die Problematik des fehlenden

1798 BGer, Urteil 6B_1359/2016 vom 18. Mai 2017, E. 2.5.1f.; 6B_417/2012 vom 14. Januar 2013, E. 4.3 («[Die Vorinstanz] zeigt jedoch nicht auf, in welchem Umfang [leicht, stark etc.] sie die einzelnen Strafzumessungsfaktoren strafmindernd oder -mildernd in Rechnung stellt [...]»); 6B_45/2014 vom 24. April 2015, E. 1.4.1; 6B_899/2014 vom 7. Mai 2015, E. 2.3; 6B_1096/2010 vom 7. Juli 2011, E. 4.2; für die kantonale Praxis in Basel-Stadt s. etwa AppGer BS, Urteil SB.2019.31 vom 26. Januar 2021, E. 6.3.1f. («Das objektive Verschulden ist daher als nicht mehr leicht zu werten. [...] Insgesamt ist das Tatverschulden des Berufungsklägers daher zwischen leicht und mittelschwer einzustufen [...]»); SB.2020.101 vom 6. Oktober 2021, E. 6.5 («Die objektive Tatschwere ist insgesamt als mittelschwer bis schwer einzustufen [...]»); s.a. BGE 136 IV 55, E. 5.6; OFK StGB²¹-HEIMGARTNER, Art. 47 N 13a; MATHYS², Rz. 74.

1799 Vgl. FRISCH, in: Frisch, Überprüfung, 230; B.-D. MEIER⁵, 168.

1800 Vgl. FRISCH, in: Frisch, Schuld, 19; DERS., ZStW 1987, 789 ff.

1801 KASPAR, in: Juristentag, C 91; SCHÄFER/SANDER/VAN GEMMEREN⁶, Rz. 1174; zu einer solchen «Normalstrafe» sodann schon PFENNINGER, SJZ 1934, 211; vgl. auch SSW StGB⁵-ESCHELBACH, § 46 N 196; FRISCH, in: Frisch, Schuld, 19.

1802 Vgl. SSW StGB⁵-ESCHELBACH, § 46 N 192; SCHERTENLEIB (1949), 16, verneinte zudem, dass eine solche Theorie in der Schweiz überhaupt existiert habe («Die Theorie des Durchschnittstatbestandes kennen wir nicht [...]»); STRENG³, Rz. 754.

1803 BGE 123 IV 49, E. 2e («Sous ces réserves, un bref tour d'horizon révèle les condamnations suivantes: [...]»); 117 IV 112, E. 2b/cc («[...] ist darauf hinzuweisen, dass eine Strafe von acht Jahren Zuchthaus für die in Frage stehende Serie von Einbruchdiebstählen aus dem sonst üblichen Rahmen fällt [...]»); BGer, Urteil 6B_567/2017 vom 22. Mai 2018, E. 4 («Hingegen ist dem Beschwerdeführer zuzustimmen, dass die hypothetische Einsatzstrafe von 8 Jahren unter den gegebenen Umständen eindeutig zu hoch erscheint. Dies nicht zuletzt

Umrechnungsschlüssels «umgehen», da durch den Vergleich mit früheren Entscheiden wiederum eine relative – und keine absolute – Aussage getroffen werden kann (z.B.: das Verschulden im Fall A ist höher als im neu zu beurteilenden Fall B, weshalb eine geringere Strafe als im bereits abgeurteilten Entscheid ausgesprochen werden kann).¹⁸⁰⁴ Gerade weil eine konkrete Umwertung von relativen Aussagen in eine absolute Strafhöhe mit dem zur Anwendung stehenden Zumessungsmodell nur schwer möglich ist, ist es umso wichtiger, auf eine im Quervergleich mit anderen Fällen zumindest relativ gerechte Strafe zu erkennen.¹⁸⁰⁵ Hierbei darf jedoch die Schwierigkeit nicht ausser Acht gelassen werden, dass Einzelfälle nur selten vergleichbar sind, unterscheiden sich doch die verschiedenen Strafzumessungstatsachen von Fall zu Fall – auch bei vergleichbaren Varianten desselben Tatbestands – oftmals erheblich.¹⁸⁰⁶ Darauf weist denn auch das Bundesgericht beim Grundsatz

im Vergleich mit ähnlich gelagerten Fällen [vgl. BGE 130 IV 58; Urteile 6B_411/2012 vom 8. April 2013; 6B_168/2010 vom 4. Juni 2010]»); AppGer BS, Urteil SB.2020.54 vom 21. März 2022, E. 9.4.4: «Im Ergebnis wiegt das Tatverschulden des Beschuldigten 1 mittel bis schwer, weshalb eine Einsatzstrafe von 6 Jahren Freiheitsstrafe als angemessen erscheint. Für die Beschuldigte 2 ist von einem mittleren Verschulden auszugehen, was zu einer Einsatzstrafe von 4 Jahren Freiheitsstrafe führt. Diese Einsatzstrafen erweisen sich auch im Vergleich mit anderen Fällen verschuldensangemessen respektive keinesfalls als zu hoch (vgl. AGE SB.2021.40 vom 22. Februar 2022, E. 3.1.4, SB.2020.18 vom 5. Februar 2021, E. 7.4.4, SB.2019.49 vom 15. Dezember 2020, E. 8.5, SB.2018.34 vom 20. November 2018, E. 5.4, SB.2017.138 vom 29. August 2018, E. 7.3) [...]»); SB.2021.50 vom 29. April 2022, E. 5.4: «[...] erscheint [...] eine Einsatzstrafe von 3 Jahren Freiheitsstrafe als schuldangemessen. Eine solche Einsatzstrafe ist [...] nicht als zu tief anzusehen, hält sie doch dem Vergleich mit ähnlich gelagerten Fällen mit vergleichbarem Verschulden stand, bei denen nach Art. 122 StGB similitäre Einsatzstrafen ausgesprochen wurden (AGE SB.2013.18 vom 8. April 2014 E. 6 [Einsatzstrafe von 2¾ Jahren Freiheitsstrafe für (vollendete) schwere Körperverletzung], SB.2018.52 vom 27. Februar 2019 E. 6.3.2 [Einsatzstrafe für versuchte schwere Körperverletzung von 2½ Jahren], SB.2018.128 vom 30. Oktober 2019 E. 5.2.2 [Einsatzstrafe für versuchte schwere Körperverletzung von «mindestens 2½ Jahren Freiheitsstrafe»], SB.2021.81 vom 11. Januar 2022 E. 6.3.2 [Einsatzstrafe für (vollendete) schwere Körperverletzung von 3 Jahren und 10 Monaten]) [...]»); SB.2016.70 vom 10. Januar 2020, E. 4.2 («Die Berufungsklägerin wurde von der Vorinstanz zu einer Geldstrafe von 120 Tagessätzen verurteilt. Dies erscheint, auch im Vergleich zur Strafe ihres Ehemannes, als zu hoch [...]»); P. ALBRECHT, ZStrR 1991, 51 f.; FRISCH, in: Frisch, Schuld, 18 f.; PFENNINGER, SJZ 1934, 212; STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 80; StGB PK⁴-TRECHSEL / M. SEELMANN, Art. 47 N 42.

1804 Lediglich durch einen Vergleich lassen sich auch die unterschiedlichen Strafrahmen begründen, kann doch der Gesetzgeber ansonsten nicht zwingend darlegen, weshalb ein bestimmter Tatbestand mit einer bestimmten Strafe bedroht ist, BOMMER, ZStrR 2019, 268 f.

1805 STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 80.

1806 BGer, Urteil 6B_312/2016 vom 23. Juni 2016, E. 1.6.2; 6B_849/2014 vom 14. Dezember 2015, E. 2.2 («Toute comparaison avec d'autres affaires est toute fois délicate vu les nombreux paramètres entrant en ligne de compte pour la fixation de la peine [...]»); PC CP², Art. 47 N 2a.

der Gleichbehandlung hin, wenn es diesen zugunsten des Grundsatzes der Individualisierung und des weiten Ermessens, das dem Gericht innerhalb des jeweiligen gesetzlichen Strafrahmens zukommt, relativiert.¹⁸⁰⁷ Will man aber berechtigterweise einen Vergleich mit anderen Zumessungsentscheiden fördern, bietet es sich an, auch kantonale Entscheidungsbegründungen vermehrt zugänglich zu machen, um eine möglichst umfassende Vergleichsmöglichkeit zu schaffen. Je mehr Vergleichsurteile dieser «Pool» nämlich enthält, umso eher lässt sich ein wirklicher Vergleich mit möglichst vielen übereinstimmenden Zumessungskomponenten verwirklichen. Zu Recht wird in der Lehre ausgeführt, dass dies aufgrund der heutigen Möglichkeiten der Datenverarbeitung sowie der Online-Zugänglichkeit kein grundsätzliches Problem darstellen sollte.¹⁸⁰⁸ Damit zusammenhängend ist auch zu fordern, die gerichtliche Begründungspflicht der Strafzumessungsentscheide noch weiter auszubauen und die konkret berücksichtigten Strafzumessungstatsachen und deren Gewichtung noch eingehender darzulegen als bis anhin. Dadurch kann nämlich wiederum eine bessere Vergleichbarkeit mit zukünftigen Zumessungsentscheiden erreicht werden, da sich Letztere auf eine breitere Basis von vergleichbaren Zumessungstatsachen (punkto Vorliegen und Gewichtung) abstützen können.

ii. *Alternative Strafzumessungsmodelle*

Um der Verknüpfungsproblematik zu begegnen, wurde wiederholt versucht, alternative Strafzumessungsmodelle zu entwickeln resp. das bestehende Zumessungsmodell anzupassen. So wurden bspw. in der deutschen Lehre «mathematische Modelle» entwickelt, anhand deren eine «rationalere» Strafzumessung möglich sein sollte.¹⁸⁰⁹ Eine in ähnlichem Ausmass vergleichbare Diskussion mathematischer Modelle ist in der Schweiz bislang nicht geführt worden, was wohl nicht zuletzt mit den wiederholten Ausführungen des Bundesgerichts zum weiten gerichtlichen Ermessen und der bis in die 1990er-Jahre vorherrschenden Zurückhaltung desselben bei Fragen der Strafzumessung zu tun hatte.¹⁸¹⁰ Gleichwohl finden sich auch in der schweizerischen Lehre

1807 BGE 135 IV 191, E. 3.1; BGer, Urteil 6B_312/2016 vom 23. Juni 2016, E. 1.6.2; 6S.477/2004 vom 1. März 2005, E. 2.2.3; vgl. auch BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 203.

1808 STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 82.

1809 So etwa HAAG (1970), 39 ff., 62 ff.; VON LINSTOW (1974), 4 ff.; vgl. auch BRUNS, in: FS Welzel, 742 f.; KÖBERER (1996), 57 ff.; KOHLSCHÜTTER (1998), 10 ff.; M. MAURER (2005), 80 ff.; WILCKEN (2004), 110 ff.; für Österreich etwa GRASSBERGER (1932), 77 ff.

1810 Vgl. vorne I.C.6.; BGE 95 IV 59, E. 1 («Eine Strafe lässt sich naturgemäss weder in ihren Teilen noch in ihrer Gesamtheit mathematisch errechnen [...]»); dagegen auch schon PFENNINGER, SJZ 1934, 211; vgl. KIENER, ZStrR 2007, 359, m.w.H.

gewisse Ansätze für angepasste Zumessungsmodelle, die eine schematischere und «rationalere» Strafzumessung erlauben sollen.¹⁸¹¹ Insbesondere bei der Betäubungsmittelkriminalität wurden von der Lehre Zumessungsregeln aufgestellt, wonach im Bereich der Bandenmässigkeit etwa Einsatzstrafen gestützt auf die hierarchische Stellung des Täters aufgestellt wurden.¹⁸¹² Andere Zumessungsregeln stellen demgegenüber insb. auf die jeweilige Drogenmenge ab.¹⁸¹³

Eine im Vergleich dazu noch weitaus umfassendere Schematisierung des Strafzumessungsvorgangs findet sich in Strafzumessungsrichtlinien, die in den Vereinigten Staaten zur Anwendung kommen.¹⁸¹⁴ Dabei handelt es sich um vom Gesetzgeber erlassene Richtlinien, die für die einzelnen Straftaten je nach Tatschwere eine genaue Strafhöhe festlegen.¹⁸¹⁵ Historisch präsentieren sich diese Richtlinien als Ergebnis einer Strafzumessung, die – vergleichbar mit der europäischen Strafzumessungsentwicklung¹⁸¹⁶ – von einem Extrem ins andere hin- und hergewandert ist: Im frühen 19. Jahrhundert bestimmten in den Vereinigten Staaten äusserst strenge «Tarife» die Strafhöhe, die Mitte des 20. Jahrhunderts dann von einem weiten gerichtlichen Ermessen (*indeterminate sentencing*) abgelöst wurden.¹⁸¹⁷ In den letzten Jahrzehnten hat das amerikanische Strafsystem in den verschiedenen Bundesstaaten dagegen wieder unzählige *mandatory sentences*, d.h. zwingende Mindeststrafen, teilweise gestützt auf sog. *sentencing guidelines* eingeführt.¹⁸¹⁸ Auf Bundesebene wurden die sog. *Federal Sentencing Guidelines* ausgearbeitet, die 1987 in Kraft traten und aufgrund ihrer «kompromisslosen Härte» von Beginn an umstritten waren.¹⁸¹⁹ Seit einer Entscheidung des U.S. Supreme Court aus dem Jahre 2005 kommt den *Federal Sentencing Guidelines* zwar keine bindende Wirkung mehr zu,¹⁸²⁰ *de facto* haben sie jedoch nach wie vor Einfluss

1811 DUBS, in: FG SJ, 22 f.; KIENER, ZStrR 2007, 363 ff.; vgl. auch HAUSER (1985) 170; KILLIAS, in: FS Gauthier, 48 ff.; TRECHSEL, in: UB, 85 ff.

1812 FREI/C. RANZONI, AJP 1995, 1439 ff.; vgl. auch EUGSTER/FRISCHKNECHT, AJP 2014, 327 ff.; krit. dazu P. ALBRECHT, AJP 1996, 369 ff.; DERS., ZStrR 1998, 420 ff.

1813 HANSJAKOB, SJZ 1994, 57 ff.; DERS., ZStrR 1997, 233 ff.

1814 Siehe für eine Übersicht über das Strafzumessungssystem in England und Wales, wo ebenfalls Strafzumessungsrichtlinien Verwendung finden JEHLE, in: Ambos, 59 ff.; ROBERTS/PADFIELD, in: Ambos, 71 ff.; vgl. auch H.-J. ALBRECHT, ZStW 1990, 602; M. MAURER (2005), 71 ff.

1815 Vgl. WILCKEN (2004), 119.

1816 Vgl. vorne I.C.1. ff.

1817 HESTER, in: Ambos, 154; KILLIAS et al.², Rz. 1207.

1818 ALDER (2001), *passim*; KASPAR, in: Juristentag, C 76 ff.; REICHERT (1999), 150 ff.

1819 DUBBER (2005), 25; KASPAR, in: Juristentag, C 78; vgl. auch BOYCE/DRIPPS/PERKINS¹⁰, 1020.

1820 *United States v. Booker*, 543 U.S. 220 (2005).

auf die gerichtlichen Zumessungsentscheide.¹⁸²¹ Zu Recht wurde (und wird) derartigen Richtlinien vielgestaltige Kritik entgegengebracht. So geht die Schematisierung eines Vorgangs – bei den *sentencing guidelines* zumeist in Tabellenform¹⁸²² – zwingend mit einer verringerten Komplexität resp. mit einer geringeren Anzahl einzubeziehender Zumessungsfaktoren einher, was zu einer eingeschränkten Individualisierung der konkreten Strafe – und insb. in den Vereinigten Staaten zu einem vergleichsweise hohen Strafniveau mit hohen Mindeststrafen – führt.¹⁸²³ Die Anwendung von starren Richtlinien spiegelt zwar oberflächlich eine gerechtere Strafzumessung vor, in Wahrheit führt eine fehlende Differenzierung zwischen den Taten und Tätern – insb. hinsichtlich subjektiver Komponenten – jedoch zu einer Verletzung des Gleichheitsgebots.¹⁸²⁴ Nicht zuletzt auch der rigide Schematismus von *sentencing guidelines* hat in den Vereinigten Staaten dazu geführt, dass einer beschuldigten – und oftmals auch unschuldigen – Person als Ausweg vor hohen Strafen oftmals nur das *plea bargaining*, also das «Aushandeln eines Schuldbekenntnisses» für eine weniger schwere Tat als die ursprünglich anzuklagende, bleibt.¹⁸²⁵ Auch dieses Beispiel zeigt auf, dass das Ermessen im Rahmen der Strafzumessung nicht eliminiert werden kann. Lässt man dem Gericht im Hauptverfahren nur ein geringes Ermessen, verschiebt sich dieses in andere Verfahrensabchnitte, sei dies einerseits in das Vorverfahren, in dem der Staatsanwaltschaft durch die Einstellungsmöglichkeiten in den Vereinigten Staaten eine grosse Macht zukommt, andererseits hin zum Gericht bei der Würdigung des Tatbestands oder schliesslich auf die Ebene des Strafvollzugs.¹⁸²⁶ Nichts anderes hat sich auch bereits in der durchgeführten historischen Untersuchung der Strafzumessung auf dem Gebiet der heutigen Schweiz gezeigt: So hielten etwa die Gerichte zur Zeit des Peinlichen Gesetzbuchs der Helvetischen Republik die auszusprechenden Strafen aufgrund des fehlenden Ermessens für derart

1821 BOYCE/DRIPPS/PERKINS¹⁰, 1023; REITZ, *Stanford Law Review* 2005, 155 ff.

1822 Vgl. etwa ANDERSON/NEWMAN⁶, 302, für das «*Florida Sentencing Guideline Scoresheet*»; für die «*Strafzumessungsmatrix*» der *Sentencing Guidelines* von Minnesota vgl. REICHERT (1999), 178 f.

1823 BOMMER, *ZSR* 2009 II, 63 ff.; HAFTER², 351; KASPAR, in: *Juristentag*, C 83 f.; REICHERT (1999), 160; STRENG (1984), 315; DERS.³, Rz. 765.

1824 O. A. GERMANN, *ZStrR* 1942, 23: «*Solche Taxen [...] sind die Eselsleiter einer nur scheinbaren, bloss formalen Gerechtigkeit [...]*»; STRENG³, Rz. 765, spricht von einer «*bloss vordergründige[n] Gleichheit [...]*»; vgl. auch KASPAR, in: *Juristentag*, C 83 f. («*Pseudo-Punktstrafen*»); zustimmungswürdiger sind dagegen die Richtlinien in England und Wales, in denen gerichtliches Ermessen und ein strukturiertes Vorgehen gestützt auf verbindliche Kriterien miteinander kombiniert werden [vgl. JEHLE, in: *Ambos*, 68].

1825 KILLIAS et al.², Rz. 827, 1207; vgl. auch THOMMEN (2013), 156 f.; SCHUMANN (1977), 178 ff.

1826 KILLIAS et al.², Rz. 1207; KASPAR, in: *Juristentag*, C 83; STRENG³, Rz. 765 f.; zu einer Verschiebung des Ermessens bei Mindeststrafen s. SIMMLER/WEDER, *ZStrR* 2019, 218 ff.

unverhältnismässig, dass sie in einigen Fällen in ihrem Entscheid gleichzeitig neben der Strafausfällung eine Begnadigungsempfehlung abgaben und dadurch an das Ermessen der nächsten Behörde appellierten.¹⁸²⁷

Damit soll nun nicht gesagt werden, dass keinerlei unterstützende Richtlinien in der Strafzumessung zulässig sein sollen. So werden auch in der hiesigen Praxis im Bereich der geringfügigen Massendelikte sog. Strafmassrichtlinien oder Straftaxen verwendet.¹⁸²⁸ Zwar können solche Straftaxen unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung von Tätern effektiv eine Richtlinienfunktion ausüben, jedoch sollen sie dem Gericht lediglich eine *Orientierungsfunktion* bieten und nicht unbesehen von individuellen Zumessungskomponenten angewendet werden.¹⁸²⁹ Diese Ansicht wurde bislang auch vom Bundesgericht vertreten.¹⁸³⁰ In seiner neueren Rechtsprechung scheint es im Bereich der Strassenverkehrsdelikte jedoch dazu übergegangen zu sein, den Richtlinien der Schweizerischen Staatsanwälte-Konferenz mehr Gewicht zuzumessen. So habe die Strafe der Vorinstanz im infrage stehenden Fall doppelt so hoch gelegen wie die Empfehlung der entsprechenden Richtlinie, ohne dass die Vorinstanz hierfür schuldangemessene Gründe angegeben habe. Die Strafmassempfehlungen würden für eine gewisse Objektivierung der Strafzumessung und Rechtssicherheit im betreffenden Bereich stehen, da das Interesse an einer rechtsgleichen Behandlung von Geschwindigkeitsüberschreitungen im Strassenverkehr gross sei.¹⁸³¹ Zwar hat das Bundesgericht die Strafmassrichtlinien vorliegend *zugunsten* des Täters angewendet, jedoch erstaunt, dass der höchstrichterliche Entscheid zugleich festhält, dass die Vorinstanz im Rahmen der Würdigung der Täter- und Tatkomponenten die relevanten Strafzumessungsfaktoren berücksichtigt und diese dort auch plausibel gewürdigt habe. Insofern beschränkt das Bundesgericht das ansonsten immer hervorgehobene Ermessen der Vorinstanz zugunsten von – nicht demokratisch legitimierten – Strafmassrichtlinien, obwohl das Sachgericht bei der Strafzumessung gemäss den höchstrichterlichen Aussagen

1827 Vgl. vorne I.C.2.

1828 KIENER, ZStrR 2007, 361; SIMMLER/WEDER, ZStrR 2019, 217; StGB PK⁴-TRECHSEL/M. SEELMANN, Art. 47 N 46; s. etwa die Strafzumessungsrichtlinien der Schweizerischen Staatsanwälte-Konferenz.

1829 AK StGB-SIMMLER/SELMAN, Art. 47 N 47; StGB PK⁴-TRECHSEL/M. SEELMANN, Art. 47 N 46; BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 213.

1830 BGer, Urteil 6B_808/2018 vom 6. Mai 2019, E. 1.4; 6S.477/2004 vom 1. März 2005, E. 2.3 («Straftaxen haben bloss Richtlinienfunktion. Sie sollen dem Richter als Orientierungshilfe dienen. Insofern binden sie den Richter nicht und hindern ihn nicht daran, seine Überzeugung zur schuldangemessenen Strafe im Sinne von Art. 63 StGB frei zu gewinnen und zu begründen [...]»).

1831 BGer, Urteil 6B_510/2019 vom 8. August 2019, E. 4.4.

korrekt (!) vorgegangen ist.¹⁸³² Zwar ist das Resultat im vorliegenden Fall durchaus zu begrüßen, jedoch wäre es wünschenswert, wenn das Bundesgericht von einer «zwingenden» Anwendung solcher Richtlinien auch in Zukunft nur zugunsten eines Täters ausgeht, sofern eine Strafe ohne Grund weit oberhalb einer solchen angesetzt wird.

Im Ergebnis gilt es festzuhalten, dass die Entwicklung von alternativen Strafzumessungsmodellen – oder auch nur die Weiterentwicklung des bestehenden Modells – zwar durchaus zu begrüßen ist, es eine Mathematisierung des Zumessungsvorgangs im Sinne einer reduzierten, schablonenhaften Abstrahierung jedoch abzulehnen gilt, da solche Modelle der Komplexität des Zumessungsprozesses nicht gerecht werden können, sofern die Strafzumessung i.e.S. weiterhin auf den dargelegten Zumessungskomponenten¹⁸³³ beruhen soll. Zudem können auch die bislang angedachten mathematischen Zumessungsmodelle oder Richtlinien ebenso wenig Antworten auf die Fragen präsentieren, welches Gewicht den einzelnen Zumessungsgründen zukommen soll und wie schlussendlich die Verknüpfungsproblematik gelöst werden kann. Bei der Aufstellung von Richtlinien wird diese Frage kurzerhand verlagert und unabhängig vom Einzelfall abstrakt beantwortet.¹⁸³⁴ Wie dargelegt wurde, führt eine Schematisierung auch nicht zwingend zu einer rechtsgleichen Behandlung verschiedener Täter, sondern kann im Gegenteil eine Ungleichbehandlung eher fördern.

d. Wechselwirkungen zur Strafzumessung i.w.S.

Wie zu Beginn der vorliegenden Abhandlung ausgeführt wurde, umfasst die Strafzumessung in einer Vielzahl der Fälle nicht nur die Bestimmung der konkreten Strafhöhe, sondern hat sich – als Strafzumessung i.w.S. – auch mit Fragen der übrigen – teilweise daraus erwachsenden – Rechtsfolgen auseinanderzusetzen.¹⁸³⁵ Darunter fallen etwa einerseits die durch das Gericht vorgenommene Auswahl der jeweiligen Sanktionsart sowie andererseits auch die verschiedenen Strafmodi.¹⁸³⁶ So kennt das Strafgesetzbuch seit der Revision

1832 Krit. auch AK StGB-SIMMLER/SELMAN, Art. 47 N 47.

1833 Vgl. vorne I.D.2.b.; PFENNINGER, SJZ 1934, 211, warnt zudem auch vor einem Richter als reinem «*Strafzumessungsautomat[en]*».

1834 Vgl. STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 81.

1835 Vgl. vorne I.A.; DETTER, in: FS BGH, 690; JESCHECK/WEIGEND⁵, 871; JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 50 ff.; P. SCHNEIDER (1979), 1; STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 2, 83; StGB PK⁴-TRECHSEL/M. SEELMANN, Art. 47 N 4; BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 5; vgl. auch HAUSER (1985), 2.

1836 DUBS, ZStW 1982, 161; GÖTTING (1997), 16; HAUSER (1985), 2; JESCHECK/WEIGEND⁵, 871; SCHALL/SCHIRRMACHER, Jura 1992, 515; P. SCHNEIDER (1979), 1f.; STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 83; STRENG³, Rz. 479.

des Sanktionenrechts vom 19. Juni 2015¹⁸³⁷ für Verbrechen und Vergehen – neben der Busse für Übertretungen – zwei Strafarten, die Geldstrafe von mindestens 3 und höchstens 180 Tagessätzen (Art. 34 Abs. 1 StGB)¹⁸³⁸ mit einer Tagessatzhöhe von mindestens CHF 30 (in Ausnahmefällen CHF 10) und höchstens CHF 3'000 (Art. 34 Abs. 2 StGB) sowie die Freiheitsstrafe, die im Minimum 3 Tage und maximal 20 Jahre resp. lebenslänglich betragen kann (Art. 40 Abs. 1 und 2 StGB). Keine eigene Strafart mehr stellt die gemeinnützige Arbeit dar, die jedoch bis zu maximal 720 Stunden als Vollzugsform Anwendung finden kann (Art. 79a StGB). Was die Vollzugsmodalitäten der Freiheits- und Geldstrafe anbelangt, so können Erstere unbedingt, bis zu zwei Jahre vollbedingt (Art. 42 Abs. 1 StGB) sowie von einem Jahr bis zu drei Jahren teilbedingt (Art. 43 Abs. 1 StGB) ausgesprochen werden, während der Vollzug von Geldstrafen nur noch unbedingt oder vollbedingt verhängt werden kann.¹⁸³⁹

Die Art der Strafe und der Modus der Strafverhängung spielen mithin bei den Strafzumessungsentscheiden keine Rolle, bei denen eine Freiheitsstrafe von mehr als sechs Monaten resp. drei Jahren ausgesprochen wird.¹⁸⁴⁰ In diesen Fällen führt die Höhe des Verschuldens bereits dazu, dass eine Geldstrafe oder ein (teil-)bedingter Strafvollzug ausscheiden. Bei allen anderen Fällen, die verschuldensmässig geringer einzustufen sind, stellt sich jedoch im Rahmen des Strafzumessungsvorgangs die Frage, welche Sanktionsart (im Bereich von drei Tagen bis sechs Monaten) sowie welcher Sanktionsmodus (im Bereich von drei Tagen bis drei Jahren) im Einzelfall angemessen ist. Lange war diesbezüglich umstritten, nach welchen Kriterien eine solche Zuordnung zu erfolgen hatte.

a1. Die Wahl der Strafart

Was die heutige Wahl der Strafart (Geld- oder Freiheitsstrafe) anbelangt, so erscheinen die Sanktionen in verschuldensrechtlicher Hinsicht prinzipiell gleichwertig, da sie punkto Strafhöhe (Tagessätze Geldstrafe sowie die Höhe der Gefängnisstrafe) austauschbar sind (vgl. Art. 36 Abs. 1 StGB, «Umrechnungsschlüssel von 1:1»¹⁸⁴¹). Die h.L. geht diesbezüglich davon aus, dass das

1837 Vgl. vorne I.C.8.

1838 Vor der Revision waren noch Geldstrafen bis maximal 360 Tagessätze möglich.

1839 Mit der Revision des Sanktionenrechts fiel auch die Möglichkeit des Aussprechens teilbedingter Geldstrafen dahin.

1840 STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 83; BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 28.

1841 BINGGELI, in: Bänziger/Hubschmid/Sollberger, 74; STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 83 («Es geht gerade um die Wahl zwischen Sanktionen, die unter dem Gesichtspunkt des Verschuldens prinzipiell [...] als gleichwertig erscheinen [...]»); HK StGB⁴-WOHLERS, Art. 36 N 2.

Verschulden – i.S.v. Art. 47 StGB – keinen Einfluss auf die Art der ausgesprochenen Strafe hat, sondern sich nur im Strafmass niederschlägt.¹⁸⁴² Jedoch wurde diese Ansicht in der Vergangenheit nicht durchgehend geteilt.¹⁸⁴³ Es finden sich sogar weiterhin Stimmen, die – neben der Zweckmässigkeit der Sanktion, ihren Auswirkungen auf den Täter und ihrer präventiven Effizienz – das Verschulden als Bestimmungshilfe für die Wahl der Strafart heranziehen wollen.¹⁸⁴⁴ Diese Auffassung wurde mitunter auch noch in der kantonalen Praxis vertreten.¹⁸⁴⁵ Zur Unterlegung dieser Betrachtungsweise wurde zumeist auf einen bundesgerichtlichen Entscheid aus dem Jahre 1994 verwiesen, der ausführte, dass das Gesetz zwar nicht ausdrücklich bestimme, auf welche Art und Weise die Wahl der angemessenen Strafart zu erfolgen habe, es würden hierfür aber dieselben Kriterien, die Art. 63 StGB/1937 für die Strafzumessung aufstelle, gelten, «namentlich das Gewicht der Tat und das Verschulden des Täters».¹⁸⁴⁶ Das Bundesgericht nahm von dieser Auffassung jedoch in der Folge Abstand und hielt im Sinne einer gefestigten Rechtsprechung unmissverständlich fest, dass sich das Verschulden der betroffenen Person nicht in der Wahl der Strafart, sondern ausschliesslich im Strafmass niederschläge.¹⁸⁴⁷ Zwar kam es jüngst wieder auf seine alte Rechtsprechung zurück, wonach für die Wahl der Strafart auch die Schuld des Täters berücksichtigt werden müsse und es sich dabei um eine «Bestätigung der Rechtsprechung» handle,¹⁸⁴⁸ diesem Entscheid wird jedoch zu Recht Kritik entgegengebracht: Einerseits handelt es sich keineswegs um eine bestätigte Rechtsprechung, widerspricht das Urteil doch klar den unmittelbar vorangehenden bundesgerichtlichen Leitentscheiden; andererseits überzeugt auch die Herleitung der «neuen» Rechtsprechung

1842 BSK StGB I⁴-DOLGE, Art. 34 N 25; EGE, *Contra Legem* 2019/2, 43; EGE/M. SEELMANN, AJP 2022, 343; OFK StGB²¹-HEIMGARTNER, Art. 34 N 15; MATHYS², Rz. 466; STRATEN-WERTH/BOMMER AT II 3, § 5 N 83; BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 24.

1843 Vgl. etwa DOLGE, ZStrR 2010, 75 («Die Schwere des Verschuldens, die Bedeutung der verletzten Rechtsgüter [...] können einer Geldstrafe im Einzelfall entgegenstehen»).

1844 JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 138; so auch noch MATHYS (2016), Rz. 350; s. nun aber DERS.², Rz. 466.

1845 OGer ZH, Urteil SB170073 vom 14. Dezember 2017, E. 5.2 («Für die Wahl der Strafart gelten [...] dieselben Kriterien wie bei der Strafzumessung, namentlich das Gewicht der Taten] und das Verschulden des Täters»).

1846 BGE 120 IV 67, E. 2b; so auch BGer, Urteil 6S.416/2005 vom 1. März 2006, E. 4 («Das Gesetz bestimmt nicht ausdrücklich, auf welche Art und Weise die Wahl der angemessenen Strafart zu erfolgen hat. Es gelten hierfür aber dieselben Kriterien, die Art. 63 StGB für die Strafzumessung aufstellt»).

1847 BGE 144 IV 313, E. 1.1.1 («La faute de l'auteur n'est en revanche pas déterminante [...]»); 137 II 297, E. 2.3.4 («Nicht massgeblich ist dagegen namentlich das Verschulden des Delinquenten; dieses schlägt sich ausschliesslich im Strafmass nieder [...]»); BGer, Urteil 6B_420/2017 vom 15. November 2017, E. 2.1.

1848 BGE 147 IV 241, Regeste sowie E. 3.2.

nicht.¹⁸⁴⁹ Ferner legt das Bundesgericht nicht dar, inwiefern die Höhe des Verschuldens – abgesehen von der Frage, ob aufgrund der konkreten Einzeltatschuld überhaupt noch eine Geldstrafe ausgesprochen werden kann – überhaupt die Wahl der Strafart beeinflussen soll. Im Ergebnis vermag die neue bundesgerichtliche Rechtsprechung daher nicht zu überzeugen.¹⁸⁵⁰

Für die Wahl der Strafart kann daher nach wie vor auf die h.L. sowie die gefestigte Rechtsprechung zurückgegriffen werden. Die effektiven Kriterien für die Sanktionswahl ergeben sich so insb. aus dem gesetzlich umschriebenen Anwendungsbereich der jeweiligen Strafart selbst. Eine solche Koordinationsnorm zwischen Geldstrafe und Freiheitsstrafe stellt etwa Art. 41 StGB (Marginalie «Freiheitsstrafe anstelle von Geldstrafe») dar.¹⁸⁵¹ Die Regelung statuiert eine grundsätzlich prioritäre Anwendung der Geldstrafe gegenüber der Freiheitsstrafe innerhalb des sich überschneidenden Bereichs der beiden Strafarten (Prioritätenregel).¹⁸⁵² Demnach kann durch das Gericht nur dann auf eine Freiheitsstrafe erkannt werden, wenn die Voraussetzungen von Art. 41 Abs. 1 lit. a oder b StGB vorliegen,¹⁸⁵³ d.h., entweder eine Freiheitsstrafe aus Gründen der individuellen Wirksamkeit geboten erscheint oder eine Geldstrafe voraussichtlich nicht vollzogen werden kann.¹⁸⁵⁴ Sofern das Gericht auf eine Freiheitsstrafe erkennt, hat es diese Wahl zudem nach Art. 41 Abs. 2 StGB näher zu begründen. Bereits vor der Revision des Sanktionenrechts von 2015 führte das Bundesgericht aus, dass bei der Wahl der Sanktionsart als wichtige Kriterien die Zweckmässigkeit einer bestimmten Sanktion, ihre Auswirkungen auf den Täter und sein soziales Umfeld sowie ihre präventive Effizienz zu berücksichtigen seien.¹⁸⁵⁵ Durch die auch nach der Revision – wenn auch angepasst – geltende Prioritätenregel entfaltet die bundesgerichtliche Rechtsprechung im Grunde nach wie vor Wirkung.¹⁸⁵⁶ Zudem wird dem Grundsatz

1849 EGE/M. SEELMANN, AJP 2022, 343 ff. m.w.H.

1850 EGE/M. SEELMANN, AJP 2022, 345 ff.

1851 JEANNERET, ZStrR 2015, 355.

1852 EGE/M. SEELMANN, AJP 2022, 344; GETH⁷, Rz. 556; JEANNERET, ZStrR 2015, 357; JOSITSCH/VON ROTZ, AJP 2016, 498; BSK StGB I⁴-MAZZUCHELLI, Art. 41 N 36a; HK StGB⁴-WOHLERS, Art. 41 N 1.

1853 Vgl. auch BOMMER, ZStrR 2017, 372; GETH⁷, Rz. 563.

1854 Siehe jedoch zum fehlenden empirischen Nachweis der Wirksamkeit der negativen Spezialprävention im «breiten Mittelfeld» der Kriminalität (Austauschbarkeitsthese) vorne I.B.2.b.; krit. zu beiden Voraussetzungen auch GETH⁷, Rz. 563 f.

1855 BGE 137 II 297, E. 2.3.4; 134 IV 97, E. 4.2.2; 134 IV 82, E. 4.1; BGER, Urteil 6B_125/2018 vom 14. Juni 2018, E. 1.3.2.

1856 BGE 144 IV 313, E. 1.1.1 («Le choix de la sanction doit être opéré en tenant compte au premier chef de l'adéquation de la peine, de ses effets sur l'auteur et sur sa situation sociale ainsi que de son efficacité du point de vue de la prévention [...]»); EGE/M. SEELMANN, AJP 2022, 344; BSK StGB I⁴-MAZZUCHELLI, Art. 41 N 36a; HK StGB⁴-WOHLERS, Art. 41 N 1.

der Verhältnismässigkeit auf gesetzlicher Ebene Nachachtung verschafft, wonach die Sanktion zu wählen ist, die am wenigsten in die persönliche Freiheit der betroffenen Person eingreift.¹⁸⁵⁷ Somit gilt, dass der Geldstrafe als weniger eingriffsintensive und damit mildere (Vermögens-)Sanktion – im überschneidenden Anwendungsbereich unabhängig von der Dauer der Freiheitsstrafe bzw. der Höhe des Geldstrafenbetrages – gestützt auf die genannten Kriterien – und ohne Rückgriff auf das Verschulden – gegenüber der Freiheitsstrafe der Vorrang einzuräumen ist.¹⁸⁵⁸

Was somit die effektive Wechselwirkung zwischen der Wahl der Straftart und der Strafzumessung i.e.S. betrifft, so kann nach dem Gesagten festgehalten werden, dass Erstere keine direkten Rückwirkungen auf zweiteere nach sich zieht, sofern es um die Frage geht, ob mit der Wahl der Freiheitsstrafe ein grösseres Verschulden abgegolten würde als mit einer Geldstrafe, da die beiden bezüglich Anzahl an Tagen Freiheitsstrafe und Tagessätzen Geldstrafe austauschbar sind. Sofern der Gesetzgeber dieses Verhältnis nicht abzuändern gedenkt, hat die Wahl einer Freiheitsstrafe gegenüber der Geldstrafe mithin auch keine Strafminderung zur Folge, welche wiederum bei der Höhe des Strafmasses zu berücksichtigen wäre.¹⁸⁵⁹ Jedoch ist gemäss Lehre und Rechtsprechung im Bereich der Grenze zwischen Geld- und Freiheitsstrafe eine gewisse Rückwirkung zugunsten des Täters nicht ausgeschlossen; bei Vorliegen eines solchen Grenzfalles hat sich das Gericht – in Anlehnung an die Rechtsprechung zum Grenzbereich beim bedingten bzw. teilweise bedingten und dem unbedingten Strafvollzug¹⁸⁶⁰ – zu fragen, ob ein Strafmass, welches die Grenze (von sechs Monaten) nicht überschreitet, noch innerhalb des Ermessensspielraums liegt, wodurch – bei Vorliegen der zuvor dargelegten Kriterien – noch das Aussprechen einer Geldstrafe möglich wäre.¹⁸⁶¹

a2. Die Wahl des Strafmodus

Stehen das Strafmass sowie die Wahl der Straftart fest, ist – falls im Falle der Anwendung der Geldstrafe auch noch die Tagessatzhöhe fixiert wurde – in

1857 BGE 134 IV 97, E. 4.; 134 IV 82, E. 4.1.; BGer, Urteil 6B_496/2020 vom 11. Januar 2021, E. 3.4.2.; 6B_905/2018 vom 7. Dezember 2018, E. 4.3.2.; EGE, *ContraLegem* 2019/2, 43; MATHYS², Rz. 466; BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 32, 34.

1858 BGE 144 IV 217, E. 3.3.3.; 137 IV 249, E. 3.1.; 134 IV 97, E. 4.2.2.; 134 IV 82, E. 7.2.2.; AK StGB-ACHERMANN, Art. 41 N 2.; EGE, *ContraLegem* 2019/2, 43; EGE/M. SEELMANN, *AJP* 2022, 344; OFK StGB²¹-HEIMGARTNER, Art. 34 N 15; MATHYS², Rz. 469; BSK StGB I⁴-MAZZUCHELLI, Art. 41 N 36a.

1859 Vgl. EGE, *ContraLegem* 2019/2, 45.

1860 Siehe dafür sogleich I.D.2.d.a.2.; vgl. dazu auch vorne I.D.2.a.a.ii.

1861 BGer, Urteil 6B_449/2011 vom 12. September 2011, E. 3.6.2.; 6B_631/2010 vom 24. Januar 2011, E. 3.7.; BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 158.

einem nächsten Schritt zu bestimmen, ob unterschiedliche Strafmodi zur Anwendung kommen können und der Strafvollzug entsprechend bedingt, teilbedingt oder unbedingt auszusprechen ist.¹⁸⁶² Wie bereits dargelegt wurde, kann der Vollzug von Freiheitsstrafen unbedingt, bis zu zwei Jahren vollbedingt (Art. 42 Abs. 1 StGB) sowie von einem Jahr bis zu drei Jahren teilbedingt (Art. 43 Abs. 1 StGB) ausgesprochen werden, während der Vollzug von Geldstrafen nur noch unbedingt oder vollbedingt verhängt werden kann. Bussen im Falle von Übertretungen können demgegenüber nur unbedingt ausgesprochen werden (Art. 105 Abs. 1 StGB).

Was den (voll-)bedingten Aufschub des Vollzugs einer Strafe angeht, so setzt Art. 42 Abs. 1 StGB voraus, dass «eine unbedingte Strafe nicht notwendig erscheint, um den Täter von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten». Dadurch wird klargestellt, dass der Verzicht auf eine Strafvollstreckung in erster Linie auf spezialpräventiven Überlegungen im Sinne einer günstigen Legalprognose beruht.¹⁸⁶³ Hierbei ist jedoch problematisch, dass verlässliche Prognosen zum Verhalten der verurteilten Person nur schwer zu treffen sind und solche Entscheide zumeist nicht empirisch abgestützt werden können; dem Gericht bleibt bei Prognoseentscheiden nach Art. 42 Abs. 1 StGB, die normalerweise nicht durch ein Sachverständigengutachten gestützt werden, oftmals nichts anderes übrig, als sich «von einer intuitiven Prognose» im Sinne von «sogenannten Alltags- oder naiven Verhaltenstheorien» leiten zu lassen.¹⁸⁶⁴ Stellt sich das Problem der teilweise nicht fassbaren Entscheidungsgrundlagen schon bei der Strafzumessung i.e.S., so ist diese Schwierigkeit bei der Prognose künftigen Wohlverhaltens bei der Wahl der Strafmodi weitaus grösser, entzieht sich eine solche Vorgehensweise doch ungleich mehr rationaler Kontrolle als die – bereits mit vielen Unsicherheiten behaftete – rückwärts-gewandte Erforschung des Verschuldens und lässt sich entsprechend von einer Rechtsmittelinstanz nur beschränkt überprüfen.¹⁸⁶⁵ Dieser Umstand wird jedoch insofern abgemildert, als grundsätzlich eine günstige Prognose – die aber widerlegt werden kann (s.a. Art. 42 Abs. 2 und 3 StGB) – vermutet wird.¹⁸⁶⁶ Dass die Gewährung des bedingten Vollzugs die Regel darstellt, ergibt sich

1862 BSK StGB I⁴-DOLGE, Art. 34 N 25b; vgl. auch BGE 134 IV 60, E. 7.

1863 STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 4 N 19; HK StGB⁴-WOHLERS, Art. 42 N 4.

1864 KAISER¹⁰, 411; StGB PK⁴-TRECHSEL/PIETH, Art. 42 N 9; STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 4 N 20 ff. m.w.H. zum heutigen Stand der Prognoseforschung; HK StGB⁴-WOHLERS, Art. 42 N 4.

1865 STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 4 N 22.

1866 BGE 134 IV 97, E. 7.3 («[...] genügt hiefür [...] bereits das Fehlen einer ungünstigen Prognose [...]»); 134 IV 82, E. 4.2 («Die Gewährung des bedingten Strafvollzuges für Freiheitsstrafen bis zu zwei Jahren ist die Regel [...], von der grundsätzlich nur bei ungünstiger Legalprognose abgewichen werden darf. Im breiten Mittelfeld der Ungewissheit hat der

auch hier nicht zuletzt aus dem Verhältnismässigkeitsprinzip: Wenn bereits der bedingte Strafvollzug ausreicht, um die mit der Strafe bezweckten Ziele zu erreichen, kann ein schwererer Eingriff nicht gerechtfertigt werden.¹⁸⁶⁷

Der teilbedingte Aufschieb des Vollzugs einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr und höchstens drei Jahren ist sodann gem. Art. 43 Abs. 1 StGB möglich, «wenn dies notwendig ist, um dem Verschulden des Täters genügend Rechnung zu tragen». Obgleich der Wortlaut des Gesetzes keinen Bezug auf die Legalprognose des Täters nimmt, stimmen die Anforderungen an eine solche grundsätzlich mit denjenigen von Art. 42 StGB überein.¹⁸⁶⁸ Jedoch hat insofern eine eigenständige Prognose zu erfolgen, als ein teilweiser Vollzug der Freiheitsstrafe selbst die Legalprognose (positiv) beeinflussen kann.¹⁸⁶⁹ Was das in Art. 43 Abs. 1 StGB genannte Verschulden betrifft, so ist die Formulierung auslegungsbedürftig, da dessen Auswirkungen auf die Strafzumessung i.w.S. äusserst fraglich sind. Soll hiermit bei der Wahl des Strafmodus auf verschuldensrelevante Gesichtspunkte abgestellt werden? Fest steht, dass diese Formulierung im Entwurf zum revidierten Strafgesetzbuch noch nicht enthalten war; der bedingte Vollzug hätte lediglich auf spezialpräventive Überlegungen abgestützt werden sollen (Art. 43 Abs. 4 E-StGB/1998: «Das Gericht schiebt den Vollzug einer Strafe nach Absatz 1 teilweise auf, wenn dies notwendig erscheint, um den Täter von weiteren Verbrechen und Vergehen abzuhalten»).¹⁸⁷⁰ Dieses «korrigierende Verschuldenselement» wurde erst nachträglich durch die Verwaltung im Auftrag der ständerätlichen Rechtskommission eingefügt (und in diesem Zusammenhang auch auf die Geldstrafe und die damalige Strafart der gemeinnützigen Arbeit ausgeweitet), jedoch nicht näher schriftlich begründet und auch in der Rechtskommission des Ständerats nicht mehr thematisiert (!).¹⁸⁷¹ In der darauffolgenden Debatte des Ständerats wurde vielmehr – neben der Spezialprävention – auf daraus fließende generalpräventive

Strafaufschieb den Vorrang [...]); AK StGB-ACHERMANN, Art. 42 N 12; OFK StGB²¹-HEIMGARTNER, Art. 42 N 6; BSK StGB I⁴-R. SCHNEIDER/GARRÉ, Art. 42 N 38.

1867 BGer, Urteil 6B_783/2018 vom 6. März 2019, E. 3.5.2 («*Nach dem Prinzip der Verhältnismässigkeit soll bei alternativ zur Verfügung stehenden Sanktionen im Regelfall diejenige gewählt werden, die weniger stark in die persönliche Freiheit des Betroffenen eingreift bzw. die ihn am wenigsten hart trifft [...]*»); HK StGB⁴-WOHLERS, Vor Art. 42 ff. N 2.

1868 BGE 134 IV 1, E. 5.3.1; GREINER, in: Bänziger/Hubschmid/Sollberger, 111 ff.; JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 160; MANHART, in: Tag/Hauri, 132; HK StGB⁴-WOHLERS, Art. 43 N 2.

1869 BGE 144 IV 277, E. 3.1.1; BGer, Urteil 6B_1005/2017 vom 9. Mai 2018, E. 4; ACKERMANN/CESAROV, forumpoenale 2020, 458.

1870 Vgl. auch Botschaft, BBl 1999 II, 2051 ff.

1871 GREINER, in: Bänziger/Hubschmid/Sollberger, 114 u.a. unter Verweis auf Auskunft des BJ; RIKLIN, in: Tag/Hauri, 90 f.; SCHENKER, ZStrR 2012, 230; vgl. auch BGer, Urteil 6B_43/2007 vom 12. November 2007, E. 4.2.

Überlegungen verwiesen,¹⁸⁷² ohne dies jedoch weiter auszuführen (und insb. den Zusammenhang mit dem genannten Verschulden darzulegen).

In der Lehre sorgte die Bestimmung berechtigterweise für Konfusion.¹⁸⁷³ Auch das Bundesgericht hat in der Folge die Bestimmung als «unklar» bezeichnet,¹⁸⁷⁴ jedoch gefolgert, dass die Beurteilung des Verschuldens bei der teilbedingten Freiheitsstrafe «nicht jener bei der Strafzumessungsschuld» entspreche¹⁸⁷⁵ bzw. es für die Beurteilung, ob ein teilbedingter Strafvollzug notwendig erscheine, auf die «Strafzumessungsschuld nicht mehr in gleicher Weise» ankomme.¹⁸⁷⁶ Es hielt fest, dass es einerseits für den überschneidenden Bereich der Freiheitsstrafe zwischen einem und zwei Jahren, bei dem der (voll-)bedingte sowie der teilbedingte Vollzug infrage kommen würden, der vollständige Strafaufschub nach Art. 42 StGB die Regel sei, der teilbedingte Vollzug hingegen die Ausnahme. Letzterer sei nur anzuordnen, wenn spezialpräventive Überlegungen das Aussprechen des unbedingten Vollzugs für zumindest einen Teil der Strafe erfordern würden.¹⁸⁷⁷ Was andererseits Freiheitsstrafen mit einer Dauer zwischen zwei und drei Jahren anbelange, so sei durch Art. 43 StGB ein eigenständiger Anwendungsbereich vorgesehen, in dem ein (voll-)bedingter Strafvollzug nicht mehr möglich sei. Bei Vorliegen der spezialpräventiven Voraussetzungen könne jedoch ein teilbedingter Vollzug verhängt werden. Die Bedeutung der Verschuldensklausel bestehe hierbei hauptsächlich darin, klarzustellen, dass wegen der Schwere des Verschuldens, aufgrund dessen eine Freiheitsstrafe über zwei Jahren ausgesprochen werden müsse, «wenigstens ein Teil der Strafe zu vollziehen» sei.¹⁸⁷⁸ Eine solche Auslegung ist in der Tat vorzugswürdig: Da das Verschulden in der Strafzumessung i.w.S. grundsätzlich keinen Einfluss mehr haben darf,¹⁸⁷⁹ müsste bei Freiheitsstrafen bis zu zwei Jahren im Falle einer positiven Prognose (bzw. beim Fehlen einer ungünstigen Prognose) in einem Grossteil der Fälle ein bedingter

1872 Votum Brunner, AmtlBull SR 1999 («*Les tribunaux vont ainsi disposer d'une marge de manœuvre, quel que soit le genre de la peine, pour tenir compte aussi bien des éléments de prévention spéciale que de ceux de prévention générale [...]*»); vgl. auch BOMMER, recht 2007, 14; HEINE, recht 2009, 11.

1873 Siehe etwa RIKLIN, in: Tag/Hauri, 90 f.; STRATENWERTH, in: Niggli/Queloz, 11f.

1874 BGE 134 IV 1, E. 5.3.3 («*Die Voraussetzung, dass eine teilbedingte Strafe nach Art. 43 StGB notwendig ist, um dem Verschulden des Täters genügend Rechnung zu tragen, [...] ist weitgehend unklar*»).

1875 BGer, Urteil 6B_245/2008 vom 4. September 2008, E. 2.4.

1876 BGE 134 IV 1, E. 5.3.3.

1877 BGE 134 IV 1, E. 5.5.2; so auch MANHART, in: Tag/Hauri, 131.

1878 BGE 134 IV 1, E. 5.5.1; vgl. auch BGE 144 IV 277, E. 3.1.1 («*Der Verschuldensklausel kommt erst ab Freiheitsstrafen von mehr als zwei Jahren eigenständige Bedeutung zu [...]*»); JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 160.

1879 Vgl. dazu auch SCHENKER, ZStrR 2012, 236.

Strafvollzug ausgesprochen werden, wurde doch dargelegt, dass der Strafvollzug in den wenigsten Fällen einen positiven Einfluss auf die Bewährungsaussicht der betroffenen Person hat.¹⁸⁸⁰ Eine teilbedingte Freiheitsstrafe zwischen einem Jahr und zwei Jahren wäre nur in den (Ausnahme-)Fällen auszusprechen, in denen eine ungünstige Prognose nur dann klar ausgeschlossen werden könnte, wenn der unbedingt zu vollziehende Strafteil die Bewährungsaussicht des Täters verbessern würde.¹⁸⁸¹ In der Praxis hat sich denn auch das Aussprechen von voll- und nicht teilbedingt zu vollziehenden Freiheitsstrafen im Bereich zwischen einem und zwei Jahren Freiheitsstrafe eingependelt.¹⁸⁸² Die «Verschuldensklausel» in Art. 43 StGB weist mithin nur darauf hin, dass aufgrund der Verschuldenshöhe, die zu einem Strafmass über zwei Jahre führt, kein rein bedingter Strafvollzug mehr möglich ist.¹⁸⁸³ Die Verschuldenshöhe wirkt insofern als Schranke spezialpräventiver Überlegungen, als kein Strafmass mehr zulässig ist, dessen Vollzug noch (voll-)bedingt ausgesprochen werden könnte. Nichtsdestotrotz spielen spezialpräventive Überlegungen noch insofern eine Rolle, als zwischen zwei und drei Jahren Freiheitsstrafe ein – bei fehlender Schlechtprognose – bloss teilweise zu vollziehender Teil der Sanktion genügen kann, um den Täter vor zukünftiger Delinquenz abzuhalten.¹⁸⁸⁴ Das Bundesgericht hat zudem dem Einfließen von generalpräventiven Umständen eine klare Absage erteilt, und auch die Botschaft zur «Revision innerhalb der Revision»¹⁸⁸⁵ führte aus, dass auf eine Änderung von Art. 43 Abs. 1 StGB, wonach auch generalpräventive Aspekte umfasst worden wären, ausdrücklich verzichtet werde.¹⁸⁸⁶

Ob ein Zusammenhang bzw. eine Wechselwirkung zwischen der Strafzumessung i.e.S. und dem Entscheid über eine unbedingt oder (teil-)bedingt zu vollziehende (Freiheits-)Strafe besteht, wird in der Lehre und Praxis unterschiedlich beantwortet. So wird in der Lehre auf der einen Seite bezweifelt,

1880 Siehe vorne I.B.2.b.; vgl. auch JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 147.

1881 Vgl. BGer, Urteil 6B_77/2017 vom 16. Januar 2018 («*Celui-ci ne doit être prononcé que si, sous l'angle de la prévention spéciale, l'octroi du sursis pour une partie de la peine ne peut se concevoir que moyennant exécution de l'autre partie [...]»*).

1882 Siehe etwa für die Rechtsprechung des Appellationsgerichts Basel-Stadt für Berufungsentscheide (Geschäftsnummer «SB») die entsprechende Onlinedatenbank.

1883 Vgl. GREINER, in: Bänziger/Hubschmid/Sollberger, 115; HEINE, recht 2009, 11; SCHENKER, ZStrR 2012, 236 ff.; STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 4 N 56 («[...] die Verschuldensklausel [...] wird insofern [...] für bedeutungslos erklärt [...]»); in diesem Sinne auch BGE 134 IV 17, E. 3.3 («*Das gilt ohne Einschränkungen für zwei Jahre übersteigende Freiheitsstrafen, wobei die Möglichkeit zur Individualisierung durch die Obergrenze des bedingten Strafvollzugs [Art. 42 Abs. 1 StGB] beziehungsweise die Verschuldensklausel [Art. 43 Abs. 1 StGB] begrenzt wird*»).

1884 BGer, Urteil 6B_251/2012 vom 2. Oktober 2012, E. 5.3; JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 160.

1885 Siehe vorne I.C.7.d.

1886 BGE 134 IV 1, E. 5.5.1.f.; Botschaft, BBl 2005, 4708; vgl. auch HEINE, recht 2009, 11.

ob es angezeigt sei, die Bestimmung der schuldangemessenen Strafe und die Gewährung des (teil-)bedingten Vollzuges als jeweils eigene Schritte scharf zu trennen.¹⁸⁸⁷ In diesem Zusammenhang wird die Strafzumessung etwa als «zirkulärer Vorgang» beschrieben, wonach die Art der zur Wahl stehenden Strafe das Mass der Strafe ebenso beeinflussen könne wie ihr den Strafzwecken entsprechendes Mass die Wahl der Art.¹⁸⁸⁸ Ein anderer Teil des Schrifttums verneint hingegen einen dogmatischen Zusammenhang zwischen der Strafzumessung i.e.S. und dem Entscheid über den unbedingten oder (teil-)bedingten Strafvollzug; dies bezieht sich insb. auf die Frage, ob bei der Ausfällung einer unbedingt zu vollziehenden Sanktion – quasi als Ausgleich für die Verweigerung des bedingten Vollzuges, sofern dieser ebenfalls formell möglich wäre – eine geringere Strafhöhe angemessen wäre.¹⁸⁸⁹ Ein uneinheitliches Bild zeigt sich hierzu auch in der kantonalen Praxis, in der insb. noch zum alten Sanktionenrecht beide Ansichten vertreten wurden: So wurde einerseits auf den «inneren Zusammenhang» zwischen dem Strafmass und der Strafmodi hingewiesen; es könne «in einem Zweifelsfall der Aufschub der Strafe auf Probe zu einem etwas höheren Strafmass Anlass geben».¹⁸⁹⁰ Andererseits finden sich kantonale Entscheide, wonach die Strafe «grundsätzlich unabhängig davon, ob dem Verurteilten der bedingte Strafvollzug gewährt werden kann [...], festzusetzen» sei.¹⁸⁹¹

1887 SCHULTZ AT II⁴, 101; DERS., ZBJV 1976, 446.

1888 GERMANIER (2019), 90; STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 79; so auch OGer ZH, Urteil SB170073 vom 14. Dezember 2017, E. 5-2; vgl. auch StGB PK⁴-TRECHSEL/M. SEELMANN, Art. 47 N 47.

1889 StGB KK¹, Art. 41 N 7, Art. 63 N 1 («[...] nicht dazu gehört die Frage des bedingten Strafvollzugs. [...] Die Strafe darf nicht höher oder tiefer angesetzt werden, je nachdem, ob sie bedingt oder unbedingt ausgesprochen wird [...]»); ebenso noch in StGB KK², Art. 41 N 7, Art. 63 N 1, nach der geänderten Rspr., E. 2c, und 117 IV 97, E. 4b; so auch weiterhin StGB PK⁴-TRECHSEL/PIETH, Vor Art. 42 N 11.

1890 KGer SG, Urteil vom 23. Februar 1994, auszugsweise abgedruckt in: GVP-SG 1994, 107 f.; vgl. auch OGer SO, Urteil vom 6. April 1995, auszugsweise abgedruckt in: SOG 1994, 82 f. unter Verweis auf BGE 117 IV 97; KGer GR, Urteil vom 7. Juli 1975, auszugsweise abgedruckt in: PKG 1975, 83 ff.

1891 KGer SG, Urteil vom 31. Januar 1972, auszugsweise abgedruckt in: GVP-SG 1972, 54 f. («Es liegt [...] die Vermutung nahe, die Vorinstanz habe die Frage der Gewährung des bedingten Strafvollzugs mit jener der Strafzumessung verquickt, ein Vorgehen, das im Schweizerischen Strafgesetzbuch nirgends eine Stütze findet. Die Strafe ist vielmehr grundsätzlich unabhängig davon, ob dem Verurteilten der bedingte Strafvollzug gewährt werden kann, [...] festzusetzen. Erst in zweiter Linie stellt sich alsdann die Frage, ob dem Angeklagten die in Rede stehende Rechtswohlthat gewährt werden kann [...]»); Cour de cassation pénale du Tribunal cantonal fribourgeois FR, Urteil vom 28. Februar 1962, auszugsweise abgedruckt in: RS 1964, 96 f. («Der Richter hat die Strafe unter Berücksichtigung der Schwere der Tat zu bemessen. Die Frage des bedingten Strafvollzugs stellt sich erst nach Festsetzung der Strafe. Beides ist unabhängig voneinander zu entscheiden [...]»); OGer SO, Urteil vom 8. Januar 1992, auszugsweise abgedruckt in: SOG 1992, 63 f. («[...] besteht denn auch zwischen Strafzumessung und Entscheid über den bedingten Strafvollzug kein Zusammenhang in dem Sinne, dass bei Gewährung des bedingten Strafvollzuges eine höhere, bei Verweigerung eine geringere Strafe angemessen wäre [...]»).

Teilweise inkonsistent hat sich zu dieser Thematik auch das Bundesgericht geäußert. Es führte so einerseits aus, dass «die Auffassung der Vorinstanz, die Verweigerung oder Gewährung des bedingten Strafvollzugs sei ein Strafzumessungsgrund, [...] im StGB, das in den Art. 63-68 die Strafzumessungsgründe und -regeln abschliessend aufführt [...], keine Stütze [findet]». ¹⁸⁹² Andererseits hielt es in seiner späteren Rechtsprechung (aber immer noch zum alten Sanktionenrecht) fest, dass diese Fragen «in einem sachlichen Zusammenhang» stünden. ¹⁸⁹³ Zum Sanktionenrecht nach der Revision des Allgemeinen Teils brachte es sodann vor, dass der Gesetzgeber zwar eine «relativ flexible Regelung im neuen Sanktionensystem» geschaffen habe, die jedoch gleichwohl gewisse objektive und starre Grenzen vorsehe; insofern bleibe kein Raum, diese «auf dem Weg der Gesetzesauslegung wieder zu relativieren und entgegen dem klaren Wortlaut einen erweiterten Grenzbereich offen zu halten, um besonderen Anliegen eines Täters entgegenzukommen». ¹⁸⁹⁴ Damit werde jedoch nicht ausgeschlossen, die Folgen einer unbedingt zu vollziehenden Freiheitsstrafe in die Würdigung mit einzubeziehen; dies habe aber «im normalen Rahmen der Strafzumessung zu erfolgen». ¹⁸⁹⁵ Demgegenüber hielt das Bundesgericht in einem anderen Entscheid (wiederum) fest, dass im Zeitpunkt, in dem das Gericht über die Gewährung des Strafaufschubes befinde, die Strafhöhe bereits feststehen müsse und es entsprechend nur noch um die angemessene Vollzugsform gehe. ¹⁸⁹⁶

Gemäss vorliegender Ansicht wäre es verfehlt, pauschal bei der Wahl des Strafmodus (oder auch der Wahl der Strafart) im Zusammenhang mit der Bestimmung der Strafhöhe von einem «zirkulären Vorgang» zu sprechen. So findet sich weder bei den Art. 42 und 43 StGB noch bei Art. 47 StGB ein expliziter Hinweis, dass – wie es auch das Bundesgericht ausführt – die Verweigerung oder Gewährung des bedingten Strafvollzugs einen Strafzumessungsgrund i.e.S. darstellen würde. Eine Rolle kann – und muss – die Möglichkeit der Gewährung des (teil-)bedingten Vollzugs (oder auch der Wahl der Strafart) bei der Strafzumessung i.e.S. jedoch dann spielen, wenn es um Fragen der in Lehre und Praxis anerkannten *Folgenberücksichtigung* im *Grenzbereich* von zwei und drei Jahren Freiheitsstrafe (oder sechs Monaten Freiheitsstrafe resp. 180 Tagessätzen Geldstrafe) geht. ¹⁸⁹⁷ Dies lässt sich einerseits mit der Bestimmung von Art. 47 Abs. 1 StGB vereinbaren, wonach u.a. die Wirkung der Strafe auf

¹⁸⁹² BGE 101 IV 103, E. 3.

¹⁸⁹³ BGE 118 IV 337, E. 2c; 117 IV 97, E. 4b.

¹⁸⁹⁴ BGE 134 IV 17, E. 3.3.

¹⁸⁹⁵ BGE 134 IV 17, E. 3.4.

¹⁸⁹⁶ BGE 134 IV 1, E. 5.3.3.

¹⁸⁹⁷ Vgl. dazu vorne I.D.2 a.

das Leben des Täters zu berücksichtigen ist. Andererseits bezieht sich auch die bundesgerichtliche Rechtsprechung auf solche Grenzfälle.¹⁸⁹⁸ So muss sich das Gericht bei der ins Auge gefassten Sanktion, die in einem Bereich liegt, der die Grenze für den bedingten Vollzug (24 Monate) bzw. für den teilbedingten Vollzug (36 Monate) betrifft, die Frage stellen, «ob eine Strafe, welche die Grenze nicht überschreitet, noch vertretbar» ist.¹⁸⁹⁹ Dabei hat das Bundesgericht bislang – soweit ersichtlich – jedoch lediglich geringfügige Korrekturen zugelassen.¹⁹⁰⁰ Folgt man – wie vorliegend¹⁹⁰¹ – der Spielraumtheorie, können solche Überlegungen bereits im Rahmen der noch schuldangemessenen Strafe berücksichtigt werden. Dieser Ansicht folgt wohl auch das Bundesgericht, wenn es, wie erwähnt, ausführt, dass eine Folgenberücksichtigung «im normalen Rahmen der Strafzumessung zu erfolgen» habe.¹⁹⁰² Auch eine über die vom Bundesgericht zugelassenen (Rand-)Korrekturen hinausgehende Folgenberücksichtigung wäre denkbar und würde nicht im Widerspruch zum Schuldprinzip stehen, wenn man – in begründeten Ausnahmefällen – von der Zulässigkeit der Unterschuldstrafe ausgeht.¹⁹⁰³

Im Ergebnis ist somit eine Wechselwirkung zwischen der Strafzumessung i.e.S. sowie der Strafzumessung i.w.S. im Rahmen der Folgenberücksichtigung bei Grenzfällen der Wahl der Straftat sowie der Strafmodi möglich. Um diesen Umstand auch im vorliegend angewandten Fünf-Phasen-Strafzumessungsmodell¹⁹⁰⁴ – und damit auch grafisch – sichtbar zu machen, bietet sich eine leichte Anpassung desselben an. Aufgrund der Folgenberücksichtigung hat das Gericht bei der konkreten Festsetzung der Strafhöhe im Rahmen der logischen Strafzumessungsgründe (Punkt fünf im Strafzumessungsmodell: Umwertung der relativen Grössen in absolute Zahlen) mögliche Wechselwirkungen zwischen der Strafzumessung i.e.S. sowie der Strafzumessung i.w.S. bereits im Hinterkopf zu behalten und im Sinne eines Pendels zwischen diesen beiden Blöcken hin- und herzuspringen, da sich die Strafhöhe im Rahmen des

1898 Siehe dazu schon eingehend vorne I.D.2.a.a4.ii.

1899 BGE 134 IV 17, E. 3.4.f.; vgl. auch BGE 118 IV 337, E. 2c.

1900 Die Vorinstanz hätte prüfen müssen, ob nicht auch eine Geldstrafe von 360 Tagessätzen schuldangemessen gewesen wäre (anstatt der ausgesprochenen Freiheitsstrafe von zwölf Monaten und 20 Tagen, BGer, Urteil 6B_449/2011 vom 12. September 2011, E. 3.6.2); keine Beanstandung hingegen bei Freiheitsstrafen von drei Jahren und neun Monaten (anstatt drei Jahren, BGer, Urteil 6B_662/2015 vom 12. Januar 2016, E. 2.4.5), 32 Monaten (anstatt 24 Monaten, BGer, Urteil 6B_249/2016 vom 19. Januar 2017, E. 1.4.5) oder 29 Monaten und neun Tagen (anstatt 24 Monaten, BGer, Urteil 6B_51/2016 vom 3. Juni 2016, E. 4.2); vgl. auch MATHYS², Rz. 570; AK StGB-SIMMLER/SELMAN, Art. 47 N 49.

1901 Siehe vorne I.D.2.a.a3.ii.

1902 BGE 134 IV 17, E. 3.4.

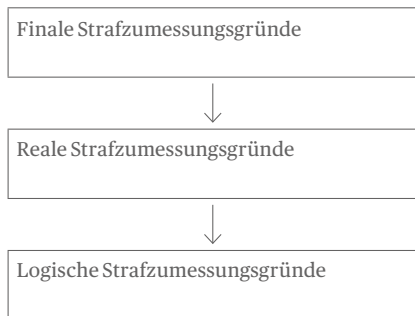
1903 Siehe vorne I.D.2.a.a4.ii.

1904 Siehe vorne I.D.2.

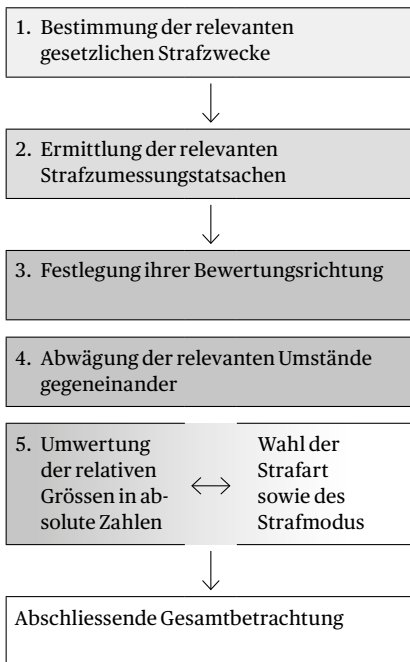
Schuldspielraums – oder bei einer Unterschuldstrafe auch darunter – durch (spezial-)präventive Umstände betreffend die Strafart sowie den Strafmodus nochmals verändern kann. Da nun eine Durchlässigkeit zwischen einerseits der Strafzumessung i.e.S. und andererseits den Fragen der Strafart und des Strafmodus besteht, bietet es sich an, von einem *permeablen* Fünf-Phasen-Modell zu sprechen. Die Durchlässigkeit besteht aber nur insofern, als spezialpräventive Überlegungen Einfluss auf die Strafzumessung i.e.S. zeitigen können. Eine umgekehrte Einflussnahme, sprich des Verschuldens auf die Wahl der Strafart oder des Strafmodus, ist hingegen nicht zulässig.¹⁹⁰⁵ Am Schluss des Fünf-Phasen-Modells ist es zudem von Vorteil, eine abschliessende Gesamtbetrachtung einzubauen, um sich den Einfluss der Folgenberücksichtigung nochmals gesamthaft vor Augen führen und ihn in Relation zum «ursprünglich» festgesetzten Strafmass setzen zu können. Diese Gesamtbetrachtung wird als «Plus» im Fünf-Phasen-Modell aufgeführt, wodurch man im Ergebnis zu einem *permeablen Fünf-Phasen-plus-eins-Modell* kommt.

Grafisch präsentiert sich das angepasste Fünf-Phasen-Modell wie folgt:

Drei-Phasen-Modell:



Permeables Fünf-Phasen-plus-eins-Modell:



1905 OFK StGB²¹-HEIMGARTNER, Art. 43 N 4; vgl. auch EGE/M. SEELMANN, AJP 2022, 342 ff.

a3. Fazit

Zusammenfassend gilt es zu konstatieren, dass das Gesetz die Frage nach der schuldangemessenen Strafe und jene nach deren aufgeschobenem Vollzug insofern verknüpft, als der bedingte Strafvollzug für Strafen ausgeschlossen wird, die zwei Jahre übersteigen. Das Erfordernis einer teilbedingt zu vollziehenden Freiheitsstrafe ergibt sich als Folge der Verschuldensschwere, die sich in einer Strafhöhe zwischen zwei und drei Jahren niederschlägt. Eine eigenständige Bedeutung kommt der Verschuldensklausel nach diesem Verständnis nicht zu, da sie nur angibt, in welchem Rahmen eine Strafe zumindest teilweise zu vollziehen ist. Gleiches gilt auch für die Wahl der Strafart (Freiheitsstrafe und Geldstrafe), da bei einem Verschulden, das 6 Monate resp. 180 Tagesätze übersteigt, grundsätzlich nur noch eine Freiheitsstrafe ausgesprochen werden kann.

Gleichwohl bestehen aber gewisse Wechselwirkungen zwischen der Strafzumessung i.e.S. und der Strafzumessung i.w.S. So wurde zwar dargelegt, dass der Zumessungsvorgang grundsätzlich keinen pauschalen «zirkulären Vorgang» darstellt, wie es teilweise in der Lehre postuliert wird. Jedoch sollte von einem *Pendeln* zwischen der Strafzumessung i.e.S. und i.w.S. ausgegangen werden, wenn es bei die Strafart sowie die Strafmodi betreffenden Grenzfällen um die in der Praxis angewendete Folgenberücksichtigung geht. Schliesslich konnte aufgezeigt werden, dass das Fünf-Phasen-Zumessungsmodell aufgrund der vorkommenden Wechselwirkungen auf ein permeables Fünf-Phasen-plus-eins-Modell auszuweiten ist.

E. Fazit – Teil I

Zusammenfassend ist zu konstatieren, dass die erste der beiden zu Beginn aufgestellten Thesen bestätigt werden kann. So wurde im vorstehenden ersten Hauptteil ein Strafzumessungsmodell – das permeable Fünf-Phasen-plus-eins-Modell (auch unter Berücksichtigung der möglichen Wechselwirkungen zwischen der Strafzumessung i.e.S. und derjenigen i.w.S.) – präsentiert, das eine systematischere Strafzumessung erlauben soll. Demgemäss hat sich das Gericht durch Anwendung des hier vorgestellten Systems für die Zumessung der Strafe innerhalb des jeweiligen Strafrahmens genauer vor Augen zu führen, welche Zumessungsgründe überhaupt im Rahmen des Strafzumessungsvorgangs in die Zumessung einfließen können und dürfen.

Dabei wurde zum einen die Frage der zu berücksichtigenden Strafzwecke (*finale* Strafzumessungsgründe) beantwortet. Wie nämlich dargelegt wurde,

ist die Bestimmung der bei der Strafzumessung anzuwendenden Strafzwecke eine der gewichtigsten Voraussetzungen, um eine «richtige» Strafzumessung vornehmen zu können. Gemäss vorliegender Ansicht sind bei der Strafzumessung i.e.S. – neben dem Verschulden des Täters – lediglich die präventiven Strafzwecke der positiven Spezial- und Generalprävention für die Strafhöhenbestimmung miteinzubeziehen. Was sodann die Auflösung der sich oftmals widersprechenden Strafzwecke der Prävention und des Verschuldens anbelangt, so hat die Untersuchung gezeigt, dass deren Synthese am ehesten gestützt auf die (asymmetrische) Spielraumtheorie gelingen kann. Ihr Vorzug besteht darin, dass sie die Komplexität des Zumessungsvorgangs anerkennt und sämtliche zulässigen Strafzumessungszwecke neben dem Verschulden im Sinne einer Vereinigungstheorie in den Vorgang integriert. Schliesslich wurde auch die ausnahmsweise Zulässigkeit einer Unterschuldstrafe anerkannt.

Zum anderen – und unter Bezugnahme auf die Strafzwecküberlegungen – wurde eruiert, welche tatsächlichen Umstände des jeweiligen Einzelfalls (*reale* Strafzumessungsgründe) Einfluss auf die konkrete Strafhöhe zeitigen resp. für und gegen den Täter verwendet werden können und dürfen. Durch die korrekte Ausarbeitung und Anwendung der als zulässig erachteten Zumessungsgründe hat das Gericht zwar *vor* der eigentlichen Umwertung von Verschulden in Strafe (d.h. den logischen Strafzumessungsgründen) nicht unerhebliche Vorarbeiten zu leisten, jedoch relativiert sich diesbezüglich teilweise die Problematik eines zu weiten Ermessens des Sachgerichts, da insb. eine systematische Herausarbeitung der konkret anzuwendenden realen Strafzumessungsgründe und deren Bewertung ein Korrektiv gegen die weiten Strafrahmen des Besonderen Teils des Strafgesetzbuchs darstellen kann. So lassen sich gewisse Zumessungstatsachen, die für die Strafhöhenbemessung keine Relevanz aufweisen, vom Zumessungsvorgang ausscheiden, wenn man – gestützt auf die zuvor gemachten Überlegungen zu den bei der Strafzumessung i.e.S. zulässigen präventiven Strafzwecken – Gesichtspunkte der Prävention und des Verschuldens entflieht. Eine solche Aufgliederung ist insb. deshalb von Bedeutung, da dargelegt werden konnte, dass eine Vielzahl von – nach vorliegender Ansicht – positivrechtlich sowie empirisch nicht legitimierten präventiven Strafzumessungsfaktoren in der Praxis eine nicht zu unterschätzende Rolle einnehmen und deren Anwendung teilweise auch von der Lehre gestützt wird. Derartige Zumessungsüberlegungen, die zunehmend der aktuellen Tendenz, (gefühlte!) Sicherheit durch härtere Sanktionen zu schaffen, entsprechen und die Gefahr einer Instrumentalisierung in sich tragen, ist durch die Anwendung des vorgestellten Zumessungssystems entschieden entgegenzutreten. Ansonsten besteht die Gefahr, dass das Strafrecht zu einer Art dienenden Funktion populistischer Kriminalpolitik degradiert wird. Basierend auf einer strikten

Trennung von präventiven und verschuldensbasierten Zumessungsgründen existiert sodann eine weitgehendere Möglichkeit, die eine «Herausfilterung» unzulässiger Zumessungstatsachen erlaubt. Diese wird sogleich im zweiten Hauptteil zu besprechen sein.¹⁹⁰⁶

Was schliesslich die *logischen* Strafzumessungsgründe betrifft, so konnte nur summarisch auf die dortigen Problemkreise, vornehmlich die Verknüpfungsproblematik, eingegangen werden. Es wurde festgestellt, dass keine Umrechnungsskala existiert, die dem Gericht vorgibt, wie der Grad des Verschuldens des Täters in eine numerisch festsetzbare Strafhöhe umgegossen werden kann. Diesem Problem wurde in der Lehre zum Teil der Versuch entgegengebracht, die Strafzumessung zu mathematisieren und dadurch «rationaler» zu gestalten. In gewissen Rechtsordnungen hat dies so auch zur Einführung von sog. *sentencing guidelines* geführt. So verführerisch das Versprechen eines berechenbaren Strafmasses auch klingen mag, so vehement ist eine Arithmetisierung der Strafzumessung aus diversen Gründen abzulehnen. So können grundsätzlich solche vereinfachenden und schablonisierenden Modelle der Komplexität des Zumessungsprozesses nicht gerecht werden, sofern diese dazu führen, dass bei der Festsetzung der Strafhöhe nur noch auf einige wenige Zumessungsfaktoren abgestellt wird. Stellt sich dieses Problem zwar am stärksten bei Zumessungsrichtlinien und arithmetischen Zumessungsmodellen, kann sich auch eine Urteilsberatung der Gefahr ausgesetzt sehen, dass Richterinnen und Richter sich lediglich auf diejenigen wenigen Faktoren abstützen, die problemlos objektiv ermittelbar und quantifizierbar sind, seien dies der Deliktswert, die Drogenmenge oder allfällige Vorstrafen des Täters. Ferner kann eine Einschränkung des gerichtlichen Ermessens durch schablonenhafte Voreinteilungen auch dazu führen, dass sich das Ermessen gezwungenermassen in andere Bereiche ausserhalb der Strafzumessung i.e.S. verschiebt, sei dies z.B. auf die Tatbestandsebene oder in die Strafzumessung i.w.S.

Als eine Möglichkeit, die Verknüpfungsproblematik zu entschärfen, wurde der vermehrte Quervergleich mit zuvor getroffenen Strafzumessungsentscheiden hinsichtlich vergleichbarer Varianten desselben Tatbestands hervorgehoben. Will man aber einen Vergleich mit früher ergangenen Zumessungsentscheiden fördern, bietet es sich einerseits an, auch kantonale Entscheidbegründungen vermehrt zugänglich zu machen, um eine möglichst umfassende Vergleichsmöglichkeit zu schaffen. Je mehr Vergleichsurteile ein solcher «Pool» nämlich enthält, umso eher lässt sich ein wirklicher Vergleich mit möglichst vielen übereinstimmenden Zumessungskomponenten verwirklichen. Zu Recht wird in der Lehre ausgeführt, dass dies aufgrund der heutigen Möglichkeiten

1906 Siehe sogleich II.

der Datenverarbeitung sowie der Online-Zugänglichkeit kein grundsätzliches Problem darstellen sollte.¹⁹⁰⁷ Andererseits wäre auch zu fordern, die Strafzumessungsentscheide insb. in Bezug auf die verwendeten Strafzumessungstatsachen und deren Gewichtung (noch) eingehender zu begründen, um auch dadurch eine bessere Vergleichsbasis zu schaffen.

Trotz der aufgeführten Vorschläge, eine systematischere Strafzumessung zu ermöglichen, ohne dabei die geltenden Grundprinzipien auszuhebeln, gilt es zu konstatieren, dass dem Strafzumessungsvorgang – insb. hinsichtlich der logischen Strafzumessungsgründe – ein Rest an «Irrationalität» weiterhin inhärent sein wird. Ziel der vorliegenden Abhandlung ist es zwar nicht, diese vollumfänglich zu beseitigen, jedoch zumindest etwas verkleinern zu können. Wurde dies im ersten Hauptteil im Hinblick auf den Zumessungsvorgang als Ganzen versucht, so konzentriert sich der nachfolgende zweite Hauptteil nun auf ein einzelnes Prinzip, das bei systematischer Befolgung die Bestimmung der für die konkrete Strafhöhe relevanten realen Zumessungsgründe erleichtern soll.

1907 STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 82.

Teil II

Das Doppelverwertungsverbot im Rahmen der Strafzumessung

Wie dargelegt wurde, kann eine verbesserte Kontrolle und damit eine entsprechende Überprüfbarkeit der Strafzumessung u.a. dadurch erreicht werden, dass diejenigen Umstände, die bei der Strafzumessung die Höhe des Verschuldens beeinflussen können – d.h. die realen Strafzumessungskriterien (Strafzumessungstatsachen) –, genauer bestimmt werden. So ist es für die Verschuldenshöhe von immanenter Wichtigkeit, *welche* Strafzumessungsfaktoren im konkreten Fall überhaupt verwendet werden dürfen.¹⁹⁰⁸ Dass deren Bestimmung kein einfaches Unterfangen ist, wurde im ersten Hauptteil eingehend dargelegt.¹⁹⁰⁹ Neben den resp. basierend auf den bereits geschilderten Vorgehensweisen zur Feststellung der Zulässigkeit verschiedener Zumessungstatsachen gibt es weitere Methoden, die es erlauben, für die Strafzumessung im Einzelfall unzulässige Zumessungskomponenten «herauszufiltern». Wie einleitend dargelegt wurde, wird vorliegend die (zweite) These aufgestellt, dass das sog. Doppelverwertungsverbot ein solches Prinzip sein resp. eine solche Filterfunktion übernehmen kann und durch dessen systematische Beachtung der Strafzumessungsvorgang überprüfbarer und «rationaler» gestaltet wird. Die folgende Untersuchung zum Doppelverwertungsverbot dürfte – neben der wissenschaftlichen Relevanz – insbesondere auch für die Praxis von Bedeutung sein, da durch Gerichte begangene Verstöße gegen das Verbot keine Seltenheit darstellen und es bislang an vergleichbaren Abhandlungen mangelt. Entsprechend soll die Abtrennung des zweiten Teils der Arbeit es erlauben, Fragen zum Doppelverwertungsverbot im Sinne eines eigentlichen Nachschlagwerks zu beantworten, ohne diesen Teil mit weitschweifenden Ausführungen zu den Grundlagen der Strafzumessung zu überfrachten. Nichtsdestotrotz ist es zwecks Begründung und Darlegung des Doppelverwertungsverbots nachfolgend unumgänglich, auf gewisse normative Prinzipien wie das Schuldprinzip sowie andere Grundlagen – wie die strikte Trennung von verschuldens- und präventionsrelevanten Zumessungstatsachen – Rückgriff

¹⁹⁰⁸ Vgl. vorne I.D.2.b.; s.a. STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 5.

¹⁹⁰⁹ Vgl. vorne I.D.2.b.

zu nehmen. Da diese aber bereits im ersten Teil eingehend behandelt wurden, baut der vorliegende Abschnitt zum Doppelverwertungsverbot auf ersterem Teil auf und setzt mithin dessen Grundkenntnisse voraus. Gleichwohl ist es für den Praktiker mit Kenntnissen des Strafzumessungsrechts angedacht, Teil II auch ohne vorgängige eingehende Konsultation des ersten Teils studieren zu können. Wo für das Verständnis nötig, wird ohnedies auf die entsprechenden Ausführungen im ersten Teil verwiesen.

Nachfolgend wird in einem ersten Schritt der Begriff des Doppelverwertungsverbots erläutert (II.A.) und ein Überblick über die in Deutschland und Österreich zu dieser Thematik bestehenden gesetzlichen Regelungen, deren jeweilige Entstehungsgeschichte sowie die dazu bestehende Praxis und Lehre gegeben (II.B.). Den Schwerpunkt des zweiten Teils bilden die darauffolgenden Ausführungen: So ist zunächst die Frage zu beantworten, ob das Doppelverwertungsverbot auch für das schweizerische Strafrecht Geltung beansprucht (II.C.), da es – im Gegensatz zu Deutschland und Österreich – an einer diesbezüglichen Bestimmung im Schweizerischen Strafgesetzbuch mangelt. Um eine Geltung des Doppelverwertungsverbots annehmen zu können, gilt es daher zu untersuchen, ob dieses sich möglicherweise aus einem bereits bestehenden rechtlichen Grundprinzip ableiten lässt (II.D.). Des Weiteren erfolgt eine Einordnung des Verbots in das im ersten Hauptteil ausgearbeitete Strafzumessungssystem (II.E.), worauf die Geltungsbereiche des Doppelverwertungsverbots zu ergründen sind (II.F.) und auch auf dessen allfällige Schwächen einzugehen ist (II.G.). Schliesslich erfolgt ein Vorschlag für die Verankerung des Doppelverwertungsverbots in das Schweizerische Strafgesetzbuch (II.H.) und es wird auf die Rechtsfolgen im Falle eines Verstosses gegen das Doppelverwertungsverbot eingegangen (II.I.).

A. Begriff

«Dass man Merkmale des Tatbestandes bei der Strafzumessung nicht verwerten darf, ist eine strafrechtliche Binsenwahrheit und ein Grundsatz, gegen den zu verstossen als grober Schnitzer gilt.»¹⁹¹⁰

Das Doppelverwertungsverbot umschreibt ein Prinzip der Strafzumessung, das in Deutschland schon relativ früh von den Gerichten bei der Strafzumessung beachtet wurde.¹⁹¹¹ Dessen Geltung war grundsätzlich unbestritten und

1910 DREHER, JZ 1957, 155.

1911 Siehe sogleich II.B.1.a.

wurde – wie dem Zitat zu entnehmen ist – mithin als «Binsenwahrheit» bezeichnet. Zwecks nachfolgender Erklärung der Terminologie soll der Einfachheit halber zunächst auf den Wortlaut der deutschen Bestimmung zum Doppelverwertungsverbot abgestellt werden. In der deutschen Praxis wird dem Prinzip für die Strafzumessung ein erheblicher Stellenwert zugemessen und das Doppelverwertungsverbot zum Teil auch als «wichtigster Grundsatz der Strafzumessung» bezeichnet.¹⁹¹² Das Verbot besagt gemäss § 46 Abs. 3 StGB/D, dass Umstände, die schon Merkmale des gesetzlichen Tatbestands sind, bei der Strafzumessung weder zugunsten noch zulasten des Täters berücksichtigt werden dürfen.¹⁹¹³ Diese Regelung mag nun auf den ersten Blick erstaunen, ist doch das Vorliegen der Tatbestandsmerkmale Voraussetzung für die Erfüllung des Tatbestands und Grundlage der Rechtsfolgen im Falle einer des Weiteren rechtswidrigen und schuldhaften Tatbegehung. Man könnte mithin darauf schliessen, dass die jeweiligen Tatbestandsmerkmale für die Strafzumessung von erheblicher Relevanz sein müssten. Nun gilt es jedoch zu bedenken, dass ein Tatbestand nicht ein einzelnes konkretes Delikt beschreibt, sondern mithilfe abstrakter Tatbestandsmerkmale ganze «Gattungen» krimineller Verhaltensweisen.¹⁹¹⁴ Mehrere konkrete Straftaten, z.B. verschiedene schwere Körperverletzungen, können so zwar alle denselben Tatbestand nach Art. 122 StGB erfüllen, jedoch ist eine Begehung dieser Delikte auf unterschiedlichste Art und Weise – und dadurch auch mit unterschiedlichster Strafwürdigkeit – möglich. Auf diese mögliche Abstufung der Begehungsarten einer Tat weisen denn auch die – oftmals weiten – Strafrahmen hin, innerhalb deren das Gericht die konkrete Strafhöhe festzusetzen hat.¹⁹¹⁵ Der jeweilige Tatbestand enthält mit den Tatbestandselementen demnach nur den kleinsten gemeinsamen Nenner der jeweiligen Deliktsgattung; das Vorhandensein der Tatbestandselemente begründet mithin nur die Strafbarkeit, kann jedoch für die Strafzumessung selbst keinen Beitrag (mehr) leisten.¹⁹¹⁶ Kurzum wird es dem Gericht

1912 BRUNS, in: FS Mayer, 353; ARZT, recht 1994, Rz. 59, statuiert, dass bei der Strafzumessung «als heikelste Fehlerquelle die Wiederholung strafrahmenrelevanter Faktoren bei der Begründung der Strafe innerhalb des Rahmens hervorzuheben» ist.

1913 PAREIN (2010), 178; StGB PK⁴-TRECHSEL/M. SEELMANN, Art. 47 N 34; BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 102; vgl. auch EGE (2017), 195 ff.

1914 HAFTER (1937), 5 («[...] die Fülle der gleichbewerteten Erscheinungen in den gemeinsamen Merkmalen zu erkennen und sie in einen generellen Tatbestand zusammenzufassen [...]»); HETTINGER (1982), 53; STRATENWERTH AT I⁴ § 8 N 8 ff.; TRECHSEL/P. NOLL/PIETH⁷, 73 ff.

1915 Vgl. vorne I.D.1.

1916 BGer, Urteil 6B_502/2019 vom 27. Februar 2020, E. 3.4 («Dass die Beschwerdeführerin die gesetzlichen Tatbestandsmerkmale verwirklicht hat, ist Voraussetzung für einen Schuldspruch und kann nicht zur Bestimmung der für die einzelne Tat schuldangemessenen Strafe beitragen respektive nochmals [strafferhöhend] berücksichtigt werden [...]»);

durch das Doppelverwertungsverbot untersagt, Umstände für die Strafhöhenzumessung zu verwenden, die bereits dadurch «verbraucht» sind, dass durch sie überhaupt erst die minimalen gesetzlichen Voraussetzungen der Tatbestandsmäßigkeit eines bestimmten Delikts erfüllt sind. Als klassisches Beispiel ist der Fall der fahrlässigen Tötung zu nennen, wenn der Umstand, dass eine Tötung *an sich* begangen wurde, innerhalb des betreffenden Strafrahmens unzulässigerweise als Straferhöhungsgrund herangezogen wird.¹⁹¹⁷

Diese summarische terminologische Erklärung soll für den Moment genügen, da im Rahmen des zweiten Hauptteils noch detailliert auf unterschiedlichste Punkte des Doppelverwertungsverbots einzugehen ist. Dabei wird sich auch die Frage stellen, ob sich das Verbot nur auf den soeben genannten Fall von Tatbestandsmerkmalen bezieht oder einen ungleich breiteren Anwendungsbereich umfasst.

B. Rechtsvergleich

Zunächst gilt es indes auf die Regelungen des Doppelverwertungsverbots in Deutschland und Österreich einzugehen. Wie nämlich in der Einleitung erwähnt wurde, wird das Verbot einerseits im jeweiligen Strafgesetzbuch positivrechtlich umschrieben, was andererseits auch zu einer – im Vergleich zur Schweiz – umfangreicheren Auseinandersetzung mit dieser Thematik in der jeweiligen nationalen Praxis und Lehre geführt hat. Das Hauptaugenmerk soll im Folgenden auf Deutschland gelegt werden, da das Doppelverwertungsverbot dort die umfangreichste Rezeption erfahren hat.

1. Deutschland

a. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts

Zu Beginn des 20. Jahrhunderts war das Verbot der Doppelverwertung von Strafzumessungstatsachen in Deutschland noch nicht gesetzlich geregelt. Das Prinzip wurde jedoch bereits von den Gerichten als klassischer «Revisions-

6S.44/2007 vom 6. Juni 2007, E. 4.3.2 («[...] die Tatbestandserfüllung als solche hat sich bereits im Eröffnen des gesetzlichen Strafrahmens niedergeschlagen und ist in ihrer Bedeutung für die Strafmassfindung insoweit verbraucht [...]»); BRUNS² (1974), 363; BRUNS/GÜNTGE³, 170 f.; EXNER (1931), 100 («Was bei jedem Delikt dieses Typus vorliegt, kann nicht mildernd oder erschwerend wirken [...]»); HAUSER (1985), 71 («Wird [...] ein Tatbestandsmerkmal als charakteristisches Abstraktum, als Gefäss reduzierter Lebenskomplexität, in Strafzumessungsüberlegungen einbezogen, hat es in diesem Kontext keinen Informationswert [...]»); HETTINGER (1982), 53; PAREIN (2010), 178 f.; STRENG (2012), Rz. 697.

1917 Siehe dafür sogleich II.B.1.a.

grund» bei der Strafzumessung beachtet.¹⁹¹⁸ So ging schon das Reichsgericht vom Verbot der Doppelverwertung von Strafzumessungstatsachen aus. Zwar verwendete es noch nicht den heute gebräuchlichen Begriff des Doppelverwertungsverbots, in seinen Ausführungen stimmte das Reichsgericht jedoch mit der heutigen Begriffsumschreibung weitgehend überein. So verneinte es etwa im Jahre 1908 das Vorliegen einer unzulässigen Verwertung von Strafzumessungstatsachen hinsichtlich des Tatbestands des gewerbsmässigen Glücksspiels: «[...] nur der Wille, beim Spiel zu gewinnen, bildet ein begriffliches Erfordernis der Gewerbsmässigkeit des Glücksspiels, denn ohne diesen Willen ist eine auf fortgesetzte Erwerbstätigkeit gerichtete Absicht des Spielers nicht denkbar. Gewinnsucht im Sinne eines Bestimmungsgrundes für die Ausübung der Spieltätigkeit oder eines herbei von dem Spieler verfolgten Endzwecks wird dagegen zum Tatbestande des § 284 StGB nicht erfordert [...]. Eben darum steht aber nichts im Wege, die Gewinnsucht da, wo sie den notwendigen Merkmalen des gewerbsmässigen Glücksspiels noch hinzutritt, bei Abmessung der Strafe erschwerend zu berücksichtigen [...]»¹⁹¹⁹

Grundsätzlich war das Reichsgericht bei der Überprüfung von Strafzumessungsgründen zwar zurückhaltend, der Verstoss gegen das Doppelverwertungsverbot von Tatbestandsmerkmalen führte jedoch unweigerlich zur Aufhebung des betroffenen Entscheids.¹⁹²⁰ Eine Verletzung des Verbots erkannte das Reichsgericht etwa in einem Entscheid aus dem Jahre 1923. Es hielt so zur schon erwähnten Frage, ob bei einer fahrlässigen Tötung die Tötung an sich als Straferhöhungsgrund herangezogen werden kann, in bemerkenswerter Klarheit fest: «Die Verurteilung des Beschwerdeführers wegen fahrlässiger Tötung lässt, soweit der Schuldausspruch in Betracht kommt, keinen Verstoss gegen das Strafgesetz erkennen. Dagegen kann nicht gebilligt werden, dass die Strafkammer bei der Strafzumessung zum Nachteil des Angeklagten erwogen hat, seine Handlungsweise habe den Tod eines Menschen zur Folge gehabt. Sie hat damit ein Tatbestandsmerkmal, das bereits bei der Aufstellung des gesetzlichen Strafrahmens berücksichtigt ist, als Straferhöhungsgrund verwertet. Dass dies unzulässig ist, hat das Reichsgericht schon wiederholt hervorgehoben. Der Mangel muss zu Aufhebung des Urteils im Strafausspruch führen.»¹⁹²¹ Einen ähnlichen Entscheid fällt das Reichsgericht

1918 BRUNS² (1985), 132; EHRHARDT (1965), 78; EISENBERG, in: FS Riess, 829; EL-GHAZI, JZ 2014, 180; FANDRICH (2010), 15; LK StGB II¹²-THEUNE, § 46 N 263.

1919 Urteil des Reichsgerichts in Strafsachen vom 20. Oktober 1908, GA 1909, 73; vgl. auch HETTINGER (1982), 42.

1920 EHRHARDT (1965), 78.

1921 Urteil des Reichsgerichts in Strafsachen vom 12. Oktober 1923, RGSt 57, 379; so auch schon Urteil des Reichsgerichts in Strafsachen vom 21. November 1912, DJZ 1913, 411; vgl. auch EHRHARDT (1965), 85; HETTINGER (1982), 42.

in einem anderen Tötungsfall aus dem Jahre 1929: «Das [vorinstanzliche Gericht ...] sagt [...] ganz allgemein, [...] der Wert eines Menschen müsse, selbst wenn der Getötete durchaus nicht viele lobenswerte Eigenschaften besass, so hoch veranschlagt werden, dass die Tat mit einer allzu kurzen Gefängnisstrafe nicht gesühnt erscheinen kann. Damit ist der Tod, der schon zur gesetzlichen Aufstellung des strafehöhenden Umstandes des § 226 StGB geführt hat, nochmals zu Ungunsten des Angeklagten als Strafzumessungsgrund verwertet.»¹⁹²²

Eine Verletzung des Doppelverwertungsverbots wurde ebenso hinsichtlich einer strafbaren Abtreibung erkannt und eingehend begründet: «Im Falle N. hat die Strafkammer zuungunsten der Beschwerdeführerin hauptsächlich verwertet, dass ihre Handlung, «weil die Sittlichkeit und Kraft des Volkes verderbend, gemeingefährlich geworden sei». [...] Das verstösst gegen den von dem Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung vertretenen Grundsatz, dass es unzulässig ist, Tatbestandsmerkmale, die zur Bildung des verbotenen Tatbestands selbst dienen und demgemäss bereits bei der Ausstellung des gesetzlichen Strafrahmens berücksichtigt sind, bei der Bemessung der Strafe als strafscharfend zu verwerten [...]. Zum Wesen der Abtreibung gehört, dass sie eine zerstörerische Wirkung auf die Sittlichkeit und Kraft des Volkes ausübt und aus diesem Grunde eine gemeine Gefahr für das Volk bedeutet. Erwägungen dieser Art haben den Gesetzgeber bestimmt, den Tatbestand der Abtreibung mit Strafe zu bedrohen. Der angeführte Strafzumessungsgrund trifft daher gleichermassen auf alle Abtreibungshandlungen, nicht nur auf die vorliegende zu; er kann daher in einem Einzelfall kein besonderes Merkmal bilden, das eine Erhöhung der Strafe rechtfertigen könnte.»¹⁹²³

b. Die gesetzliche Regelung von § 46 Abs. 3 StGB/D

Trotz der schon langjährigen gerichtlichen Anwendung wurde das Doppelverwertungsverbot in Deutschland erstmals im Jahre 1970 gesetzlich geregelt.¹⁹²⁴ Dabei wurde die Problematik einer doppelten Verwertung von bestimmten Strafzumessungsumständen sogar schon weitaus früher erkannt. Da mit der Zeit die absoluten Strafdrohungen mehr und mehr zurückgedrängt und durch zeitige (Freiheits-)Strafen ersetzt wurden, kam dem Gericht ein immer grösserer Ermessensspielraum zu, der jedoch eine gewisse Bindung durch Strafzumes-

1922 Urteil des Reichsgerichts in Strafsachen vom 26. November 1929, JW 1931, 3376.

1923 Urteil des Reichsgerichts in Strafsachen vom 17. November 1925, RGSt 59, 426; vgl. auch HETTINGER (1982), 43.

1924 Seit dem Zweiten Gesetz zur Reform des Strafrechts vom 4. Juli 1969, BGBl. 1969 I, 717, ist es in § 46 Abs. 3 StGB normiert; vgl. auch EL-GHAZI, JZ 2014, 180; GRIBBOHM, in: FS Salger, 40; HETTINGER (1982), 34 ff.; LK StGB II¹²-THEUNE, § 46 N 263.

sungsregeln erfahren musste.¹⁹²⁵ So griff bereits PAUL JOHANN ANSELM VON FEUERBACH in den Jahren 1824/1825 die Thematik des Doppelterwertungsverbots in seinem Entwurf zu einem revidierten Strafgesetzbuch in Bayern in Art. 8 hinsichtlich gesetzlicher Strafmilderungsgründe wie folgt auf: «[...] darf [...] die [...]strafe [...] gemildert [...] werden, vorausgesetzt, dass nicht in den besonderen Strafbestimmungen über das Verbrechen selbst auf jene schuldmindernden Umstände bereits ausdrücklich Rücksicht genommen worden ist».¹⁹²⁶ FEUERBACHS Entwurf fand jedoch im Unterschied zu seiner Arbeit am ursprünglichen bayerischen Strafgesetzbuch von 1813 keinen Eingang in die revidierte Fassung aus dem Jahre 1861.¹⁹²⁷ Auch das Strafgesetzbuch der preussischen Staaten von 1851, dasjenige des Norddeutschen Bundes von 1870, das mit Änderungen am 15. Mai 1871 als Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich verkündet wurde, sowie die Entwürfe für ein revidiertes gesamtdeutsches Strafgesetzbuch enthielten noch keine entsprechenden Bestimmungen.¹⁹²⁸

Der Gedanke für eine gesetzliche Regelung des Doppelterwertungsverbots von Tatbestandsmerkmalen tauchte erstmals im Rahmen der Gesetzesvorschläge der Grossen Strafrechtskommission auf, die im Jahre 1954 ihre Arbeit aufgenommen hatte.¹⁹²⁹ In der zuständigen Unterkommission wurde der folgende Leitsatz vorgeschlagen: «Bei der Zumessung der Strafe wägt der Richter ab, welche Umstände, die nicht zum gesetzlichen Tatbestand gehören, gegen und für den Täter sprechen.»¹⁹³⁰ Er wurde daraufhin auch von der Grossen Kommission einstimmig an- und sodann in § 62 des Vorentwurfs I von 1959 aufgenommen.¹⁹³¹ In der Folge sprachen sich jedoch mehrere Landesjustizverwaltungen in ihren Stellungnahmen zum Vorentwurf I für die Streichung von § 62 aus, da dessen Satz 1 «Selbstverständliches» festhalte, keine neuen Anhaltspunkte bringe oder sogar unrichtig sei, da die Art der Verwirklichung der in der Regelung genannten Umstände sehr wohl bei der Strafzumessung berücksichtigt werden müsse.¹⁹³² Das Bundesministerium der Justiz (BMJ) wollte an der Bestimmung gleichwohl festhalten, da der Grundsatz des Doppelterwertungsverbots in der Praxis oftmals verletzt werde.¹⁹³³ Für die zweite Lesung schlug das BMJ daher eine leicht abgeänderte Fassung vor:

1925 Siehe dazu vorne I.C.1. ff.

1926 Abgedruckt in: RADBRUCH² (1957), 167; vgl. auch FANDRICH (2010), 15.

1927 RADBRUCH² (1957), 161 ff.

1928 Siehe dazu HETTINGER (1982), 36 ff.

1929 DREHER, ZStW 1954, 568 ff.; HETTINGER (1982), 39.

1930 Niederschriften, Band 1/1956, 342.

1931 Niederschriften, Band 1/1956, 342; s auch DREHER, ZStW 1954, 572; EHRHARDT (1965), 91.

1932 Niederschriften, Band 12/1959, 469; vgl. auch EHRHARDT (1965), 91.

1933 Niederschriften, Band 12/1959, 470.

«Bei der Zumessung wägt das Gericht die Umstände, die gegen und für den Täter sprechen, gegeneinander ab, soweit sie nicht schon Merkmale des gesetzlichen Tatbestandes sind.»¹⁹³⁴ Damit sollte klargestellt werden, «dass es nur verboten ist, die Umstände zu verwerten, die schon Umstände des gesetzlichen Tatbestandes sind, während es erlaubt ist, die besondere Art, in der diese Umstände im Einzelfall verwirklicht worden sind, zu berücksichtigen.»¹⁹³⁵ Trotz weiterer in der Unterkommission geäußelter Bedenken¹⁹³⁶ wurde die vom BMJ vorgeschlagene Änderung als § 60 Abs. 2 in die Entwürfe von 1959 II sowie von 1960 eingefügt. Die Begründung zum Vorentwurf von 1960 führte zu der Bestimmung aus, dass der Satz deutlich mache, dass Umstände, die bereits Merkmale des gesetzlichen Tatbestandes seien, als solche von einer Abwägung für oder gegen den Täter ausgenommen seien. Denn sie seien es, die den Gesetzgeber bei der Aufstellung des Strafrahmens geleitet hätten und daher auf der ganzen Breite dieses Rahmens schon berücksichtigt seien und vorausgesetzt würden. Sie könnten daher nicht dazu beitragen, die für die einzelne Tat gerechte Strafe innerhalb dieses Rahmens zu bestimmen. Dies würde allerdings nicht bedeuten, dass es dem Gericht verwehrt wäre, die besondere Art, in der solche Umstände des Tatbestandes im Einzelfall gegeben oder verwirklicht worden seien, bei der Strafzumessung zu verwerten. Das bringe der Entwurf durch das Wort «soweit» zum Ausdruck.¹⁹³⁷ Die Regelung sowie die Ausführungen der Begründung wurden sodann ohne Änderungen auch in den Vorentwurf von 1962 übernommen (§ 60 Abs. 2 E-StGB/1962/D).¹⁹³⁸

Ein Doppelverwertungsverbot war auch für den speziellen Fall des Zusammentreffens von Milderungsgründen im Hinblick auf die Annahme eines «minderschweren Falles» (§ 65 Abs. 1 i. V. m. § 64 E-StGB/1962/D) vorgesehen.¹⁹³⁹ Nach der Begriffsbestimmung des minder schweren Falles war es nämlich grundsätzlich möglich, die Annahme eines solchen Falles ganz oder teilweise auch damit zu begründen, dass ein besonderer gesetzlicher Milderungsgrund vorliegt. Um «einer unangemessen milden Bestrafung im Einzelfall entgegenzuwirken», verbot die Bestimmung für diese Fälle daher die doppelte Berücksichtigung.¹⁹⁴⁰

1934 Niederschriften, Band 12/1959, 465.

1935 Niederschriften, Band 12/1959, 470; vgl. auch EHRHARDT (1965), 91.

1936 Siehe etwa Niederschriften, Band 12/1959, 59; vgl. auch EHRHARDT (1965), 91.

1937 Begründung E-StGB/1960/D, 171; vgl. auch EHRHARDT (1965), 92f.

1938 Begründung E-StGB/1962/D, 181.

1939 «(1) Ein Umstand, der allein oder mit anderen Umständen die Annahme eines minder schweren Falles begründet und der zugleich ein besonderer gesetzlicher Milderungsgrund nach § 64 ist, darf nur einmal berücksichtigt werden.»

1940 Begründung E-StGB/1962/D, 187.

Auch im Alternativentwurf zu einem Strafgesetzbuch von 1966 enthielt eine Bestimmung das Doppelverwertungsverbot. § 59 Abs. 1 AE-StGB/D lautete so: «Gesetzliche Tatumstände dürfen nicht mehrfach verwertet [...] werden.» Damit sollte ein «unabdingbares Prinzip» der Strafzumessung klargestellt werden.¹⁹⁴¹

Die heute gültige Vorschrift trat schliesslich am 1. April 1970 in Kraft. Sie ist in ihrer Formulierung noch angepasst und in einen eigenen Absatz verschoben worden, stimmt inhaltlich aber noch mit den Bestimmungen des Vorentwurfs von 1962 überein. § 46 Abs. 3 StGB/D in der heutigen Fassung besagt nun:

«Umstände, die schon Merkmale des gesetzlichen Tatbestandes sind, dürfen [bei der Strafzumessung] nicht berücksichtigt werden.»

Zusätzlich dazu hat aber auch der Fall des Zusammentreffens von Milderungsgründen seine eigene Regelung beibehalten. In § 50 StGB/D heisst es:

«Ein Umstand, der allein oder mit anderen Umständen die Annahme eines minder schweren Falles begründet und der zugleich ein besonderer gesetzlicher Milderungsgrund nach § 49 ist, darf nur einmal berücksichtigt werden.»

c. Das Doppelverwertungsverbot in der heutigen deutschen Lehre und Rechtsprechung

a1. Lehre

Bei der Nichtbeachtung des Doppelverwertungsverbots handelt es sich gemäss der in Deutschland h.L. um den ältesten und häufigsten materiell-rechtlichen Strafzumessungsfehler.¹⁹⁴² Neben der Rechtsprechung ist das Prinzip auch im Schrifttum schon seit Langem anerkannt.¹⁹⁴³ Schon früh hielt die Lehre fest, dass das Gericht einen Gesichtspunkt, den schon der Gesetzgeber bei der Aufstellung des Strafrahmens berücksichtigt habe, nicht noch als einen die Strafzumessung innerhalb des Strafrahmens nach oben treibenden Umstand verwerten dürfe; ein solcher Gesichtspunkt beherrsche in gleicher Weise das Strafminimum, das Maximum sowie alle dazwischen liegenden Strafgrössen unterschiedslos.¹⁹⁴⁴ Durch die Verankerung des Doppelverwertungsverbots im deutschen Strafgesetzbuch hat die Thematik bis heute eine

1941 AE-StGB/1966/D, zu § 59, 109.

1942 BRUNS, in: FS Mayer, 353; DERS.² (1974), 361; FANDRICH (2010), 15 f.

1943 BRUNS² (1974), 361; DREHER, JZ 1957, 155 ff.; FANDRICH (2010), 15 ff.; LK StGB I⁸-JAGUSCH, Vor § 13 B II 1d; SAUER³, 255; LK StGB II¹²-THEUNE, § 46 N 263; m.w.H. auch GRIBBOHM, in: FS Salger, 41.

1944 So schon VON BELING, JW 1924, 1721; vgl. auch SAUER³, 255; STRENG (2012), Rz. 697.

rege Auseinandersetzung in der Lehre erfahren und wird auch aktuell noch – neben Ausführungen in den verschiedenen Kommentaren zu den Strafzumessungsregelungen – in Monografien, Aufsätzen und anderen Beiträgen, insb. Urteilsbesprechungen, thematisiert.¹⁹⁴⁵ Trotz ihrer breiten Rezeption herrscht hinsichtlich gewisser – teils gewichtiger – Fragestellungen weiterhin Uneinigkeit. Insbesondere der Geltungsgrund sowie die Reichweite des Verbots werden weiterhin kontrovers diskutiert. Entsprechend scheint die Aussage von RUDOLF SEEBALD aus dem Jahre 1975, dass mit der am 1. April 1970 in Kraft getretenen Bestimmung zum Doppelverwertungsverbot «die letzten Zweifel behoben» seien,¹⁹⁴⁶ etwas euphemistisch. Welche einzelnen Problemstellungen beim Doppelverwertungsverbot zu diskutieren sind und wie sich die Lehre dazu stellt, wird hinten noch eingehend zu behandeln sein.¹⁹⁴⁷

a2. Rechtsprechung

Zum Doppelverwertungsverbot besteht in Deutschland eine relativ umfassende Rechtsprechung, da Verstöße gegen das Verbot nicht selten vorgebracht und durch die Gerichte auch als solche erkannt werden.¹⁹⁴⁸ Der Bundesgerichtshof hat dabei die dargelegte Rechtsprechung des Reichsgerichts fortgeführt und weiter verfeinert.¹⁹⁴⁹ Die hohe Entscheidung hat u.a. auch damit zu tun, dass das Verbot nach der h.L. und dem Bundesgerichtshof nicht nur für Tatbestandsmerkmale gilt, sondern sich auch über den Wortlaut der Bestimmung von § 46 Abs. 3 StGB/D hinaus erstreckt; diese weite Auslegung hat daher zu einer gewissen Unsicherheit geführt.¹⁹⁵⁰ Jedoch hat die höchstrichterliche Rechtsprechung in Deutschland die Geltung des Doppelverwertungsverbots auch schon vor Inkrafttreten der Bestimmung von § 46 Abs. 3 StGB/D auf Umstände ausgeweitet, die nicht nur die gesetzlichen Tatbestandsmerkmale umfassen. So soll das Verbot u.a. auch regelmässige Begleitumstände, die dem jeweiligen Tatbestand zugrundeliegenden gesetzgeberischen Intentionen resp. die kriminalpolitischen Grundgedanken sowie den abstrakten generalpräventiven Strafzweck umfassen.¹⁹⁵¹ Das Bayrische Oberste Landesgericht

1945 Siehe etwa DETTER, NStZ 2009, 77; EL-GHAZI, JZ 2014, 180 ff.; FANDRICH (2010); STRENG (2012), Rz. 697; VON HEINTSCHEL-HEINEGG, in: FS Streng, 229 ff.; WILCKEN (2004), *passim*.

1946 SEEBALD, GA 1975, 230.

1947 Siehe hinten II.D. ff.

1948 Dazu BRUNS/GÜNTGE³, 170.

1949 Vgl. HETTINGER (1982), 43.

1950 HETTINGER (1982), 43 ff.; ZIPF (1969), 98.

1951 Siehe dazu etwa BGH, Urteil 4 StR 32/62 vom 6. April 1962 («Der Gesichtspunkt der allgemeinen Abschreckung, den der Gesetzgeber bei der Aufstellung eines bestimmten Strafrahmens bereits berücksichtigt hat, darf bei der Bemessung der Strafe innerhalb

hat dies in einem Entscheid aus dem Jahre 1951 auf einen gemeinsamen Nenner gebracht: «Ein auf jede Straftat derselben Art zutreffender Gesichtspunkt rechtfertigt ebenso wenig wie ein gesetzliches Tatbestandsmerkmal eine Erhöhung der Strafe.»¹⁹⁵² Der deutsche Gesetzgeber hatte nun trotz Kenntnis der Rechtsprechung zum Doppelverwertungsverbot die gesetzliche Bestimmung nur auf Tatbestandsmerkmale erstreckt. Eine Ablehnung der davor ergangenen Rechtsprechung sollte damit wohl aber nicht zum Ausdruck kommen, da weder im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens noch nach Inkrafttreten der Bestimmung diese Auslegung infrage gestellt wurde.¹⁹⁵³ Der Bundesgerichtshof wendet das Doppelverwertungsverbot entsprechend weiterhin auch auf Umstände an, die nicht nur die einzelnen Tatbestandsmerkmale betreffen.¹⁹⁵⁴ Darauf wird im Folgenden noch genauer zurückzukommen sein.¹⁹⁵⁵

2. Österreich

a. Die gesetzliche Regelung von § 32 Abs. 2 StGB/Ö

Wie das deutsche kennt auch das österreichische Recht eine Bestimmung zum Doppelverwertungsverbot, die jedoch erst am 1. Januar 1975 mit dem in der «grossen Strafrechtsreform» revidierten Strafgesetzbuch in Kraft trat.¹⁹⁵⁶ Seither wird im österreichischen Strafgesetzbuch in § 32 Abs. 2 StGB/Ö festgehalten:

«Bei Bemessung der Strafe hat das Gericht die Erschwerungs- und die Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen und auch auf die Auswirkungen der Strafe und anderer zu erwartender Folgen der Tat auf das künftige Leben des Täters in der Gesellschaft Bedacht zu nehmen [...]»

Demgemäss hat das Gericht bei der Bemessung der Strafe die Erschwerungs- und die Milderungsgründe gegeneinander abzuwägen,¹⁹⁵⁷ wobei im Rahmen

dieses Strafrahmens nicht lediglich unter Heranziehung der Tatbestandsmerkmale strafschärfend verwertet werden [...]»; m.w.H. hinten II.F.

1952 BayObLG, Urteil III 19/51 vom 14. März 1951, abgedruckt in: NJW 1951, 574.

1953 HETTINGER (1982), 46; ZIPF (1969), 98.

1954 Siehe für eine Übersicht BKK⁷⁰-FISCHER, § 46 N 77 ff.; vgl. auch HETTINGER (1982), 44 f.

1955 Vgl. hinten II.F.2.

1956 BGBl. Nr. 60/1974; BURGSTALLER, in: Lüttger, 39 ff.; JESCHECK, in: FS Lange, 365 ff.; vgl. auch ZAGLER, AnwBl 1976, 481.

1957 Dabei kommt es nicht auf die Anzahl der jeweiligen Milderungs- bzw. Erschwerungsgründe an, sondern vielmehr auf das Gewicht der einzelnen Gründe, s. OGH, Urteil 15 Os 141/87 vom 17. November 1987; MEDIGOVIC/REINDL-KRAUSKOPF/LUEF-KÖLBL², 70; Leukauf/Steininger²-TIPOLD, § 32 N 12.

dieser Abwägung nur diejenigen Erschwerungs- und Milderungsgründe berücksichtigt werden dürfen, *die nicht schon die anzuwendende Strafdrohung bestimmen*. Die österreichische Regelung verwendet anders als die deutsche Norm nicht den Begriff der Tatbestandsmerkmale, sondern spricht von Umständen, die nicht bereits in der *Strafdrohung* der konkreten Gesetzesbestimmung enthalten sind.

b. Das Doppelverwertungsverbot in der heutigen österreichischen Lehre und Rechtsprechung

a1. Lehre

Auch in der österreichischen Lehre finden sich diverse Beiträge, welche sich mit dem Doppelverwertungsverbot auseinandersetzen. Im Vergleich zum deutschen Schrifttum wird die Diskussion um das Verbot jedoch nicht in gleichem Ausmass geführt.¹⁹⁵⁸ Abhandlungen finden sich insb. in Kommentaren, Lehrbüchern und Urteilsbesprechungen.¹⁹⁵⁹ In der Lehre ist unbestritten, dass vom Verbot die Tatbestandsmerkmale erfasst werden.¹⁹⁶⁰ Als Beispiele dafür werden etwa die Vernichtung eines Menschenlebens bei den Tötungsdelikten, die Täuschung beim Betrug oder die schwere Körperverletzung bei den qualifizierten Körperverletzungstatbeständen genannt.¹⁹⁶¹ Das Doppelverwertungsverbot umfasst gemäss der h.L. zudem auch deliktstypische oder mit der Deliktsverwirklichung zwingend verbundene Umstände, auch wenn sie dem Tatbestand nur «unausgesprochen» zugrunde liegen würden.¹⁹⁶² Ob dies bei bestimmten Umständen der Fall sei, sei mittels teleologischer Auslegung zu ermitteln.¹⁹⁶³ So würden etwa Delikte, die eine Bereicherungsabsicht erfordern, typischerweise aus Gewinnsucht begangen, ohne dass dieser Umstand als subjektives Element Eingang in den Tatbestand gefunden hätte. Als regelmässiger Bestandteil des deliktischen Sachverhalts dürfe sie dem Täter aber trotzdem nicht zusätzlich angelastet werden.¹⁹⁶⁴ Die Rechtsprechung ist – wie sogleich aufgezeigt wird – hinsichtlich solcher Umstände jedoch eher zurückhaltend.

1958 Vgl. ZIPF, ÖJZ 1979, 197.

1959 WK StGB²-EBNER, § 32 N 59 ff.; SCHWAIGHOFER, JBl 2016, 61 f.; PK StGB/Ö-SEILER, § 32 N 7; DERS.⁸, Rz. 200; Leukauf/Steininger²-TIPOLD, § 32 N 12 ff.; TRIFFTERER², 515; ZAGLER, AnwBl 1976, 481 ff.

1960 MALECZKY¹⁹, 63; PK StGB/Ö-SEILER, § 32 N 7; Leukauf/Steininger²-TIPOLD, § 32 N 13.

1961 WK StGB²-EBNER, § 32 N 60; vgl. auch KUNST, RZ 1978, 118 f.

1962 WK StGB²-EBNER, § 32 N 61; Leukauf/Steininger²-TIPOLD, § 32 N 14; SCHWAIGHOFER, JBl 2016, 61; ZAGLER, AnwBl 1976, 481.

1963 WK StGB²-EBNER, § 32 N 61.

1964 WK StGB²-EBNER, § 32 N 61.

a2. Rechtsprechung

In Österreich liegt zum Doppelverwertungsverbot eine relativ umfassende Judikatur vor.¹⁹⁶⁵ Die Rechtsprechung thematisierte das Verbot oftmals im Zusammenhang mit den Tatbeständen des Totschlags gemäss § 76 StGB/Ö sowie der Tötung eines Kindes bei der Geburt nach § 79 StGB/Ö. Bei ersterem hielt der Oberste Gerichtshof fest, dass der Umstand, dass sich die Täterin in einer allgemein begreiflichen Gemütsbewegung zur Tötung ihres Ehemannes habe hinreissen lassen, beim Totschlag nicht als mildernd herangezogen werden könne, da es sich dabei bereits um ein Tatbestandsmerkmal handle.¹⁹⁶⁶ Gleiches habe auch für die heftige Gemütsbewegung zu gelten, der die Mutter während des Geburtsvorganges ausgesetzt sei. Dieser Umstand könne ebenfalls nicht gesondert als mildernd gewertet werden, weil er als solcher schon die Anwendung des – gegenüber dem Mord nach § 75 StGB/Ö – privilegierten Tatbestands des § 79 StGB/Ö zur Folge habe und dadurch bei der konkreten Strafzumessung einer nochmaligen Verwertung zugunsten der Täterin entgegenstehe.¹⁹⁶⁷ Jedoch könne neben der heftigen Gemütsbewegung etwa eine verminderte Zurechnungsfähigkeit gesondert strafmindernd berücksichtigt werden. Im vorliegenden Fall wurde bei der Täterin ein an Zurechnungsunfähigkeit grenzender psychischer Ausnahmezustand angenommen, da aufgrund einer für sie überraschenden Sturzgeburt ihre Fähigkeiten zu aktivem Handeln in entscheidender Weise beeinträchtigt gewesen seien.¹⁹⁶⁸

Grundsätzlich wird das Doppelverwertungsverbot in der österreichischen Rechtsprechung jedoch eng ausgelegt, wodurch Verstösse dagegen eher verneint werden. Auf keine Verletzung des Doppelverwertungsverbots wurde etwa erkannt im Falle des sexuellen Missbrauchs einer wehrlosen oder psychisch beeinträchtigten Person gemäss § 205 Abs. 3 StGB/Ö¹⁹⁶⁹, als die Körperverletzung des Opfers zu einer Straferhöhung geführt hatte. Der Beschuldigte

1965 Vgl. für eine Übersicht WK StGB²-EBNER, § 32 N 59 ff.; KUNST, RZ 1978, 118 f.; Leukauf/Steininger²-TIPOLD, § 32 N 13 f.

1966 OGH, Urteil 12 Os 97/79 vom 20. September 1979; s.a. Urteil 9 Os 95/82 vom 17. August 1982.

1967 OGH, Urteil 13 Os 178/79 vom 14. Februar 1980; 11 Os 156/79 vom 11. Dezember 1979 (*«Die Unbesonnenheit und die begreifliche heftige Gemütsbewegung der Angeklagten finden bereits in der Qualifikation der Tat nach dem § 79 StGB als privilegierte vorsätzliche Tötung ihren Niederschlag, weshalb diese Umstände nicht auch noch gesondert als Milderungsgründe anerkannt werden können [...]»*); 12 Os 97/78 vom 7. September 1978.

1968 OGH, Urteil 12 Os 111/82 vom 7. Oktober 1982.

1969 *«(3) Hat die Tat eine schwere Körperverletzung [...] oder eine Schwangerschaft der missbrauchten Person zur Folge oder wird die missbrauchte Person durch die Tat längere Zeit hindurch in einen qualvollen Zustand versetzt oder in besonderer Weise erniedrigt, so ist der Täter mit Freiheitsstrafe von fünf bis zu fünfzehn Jahren [...] zu bestrafen.»*

hatte vorgebracht, dass dies nicht erschwerend gewertet werden dürfe, da die Körperverletzung bereits für die Subsumtion unter die qualifizierte Tatbestandsvariante von § 205 Abs. 3 StGB/Ö relevant sei. Der Oberste Gerichtshof hielt jedoch fest, dass die angeführte Erfolgsqualifikation aufgrund einer Gesundheitsschädigung in Form einer *psychischen* Beeinträchtigung verwirklicht worden sei, weshalb die erschwerende Wertung von *physischen* Verletzungen nicht gegen das Doppelverwertungsverbot verstosse. Ebenso wenig sei das Verbot verletzt, wenn neben einer schweren Körperverletzung das Opfer zusätzlich noch in besonderer Weise erniedrigt werde.¹⁹⁷⁰ Keine Verletzung wurde des Weiteren im Falle eines schweren Raubes gemäss § 143 Abs. 2 StGB/Ö¹⁹⁷¹ i.V.m. § 84 Abs. 1 StGB/Ö (schwere Körperverletzung)¹⁹⁷² festgestellt, als die Verletzung des Opfers in zweifacher Hinsicht und damit mehrfach straf erhöhend gewertet wurde, nämlich einerseits als an sich schwer und andererseits als mit einer mehr als 24 Tage dauernden Gesundheitsschädigung verbunden. Der Oberste Gerichtshof verneinte eine Verletzung des Verbots mit der Begründung, dass die Qualifikation des dritten Falles des § 143 StGB/Ö (schwere Verletzung des Opfers) schon bei Vorliegen einer der Varianten des § 84 Abs. 1 StGB (schwere Verletzung oder länger andauernde Gesundheitsschädigung) gegeben sei.¹⁹⁷³ Auch im Falle eines Mordversuchs mit schwerer Körperverletzung sprach sich der höchstrichterliche Entscheid gegen eine Anwendung des Doppelverwertungsverbots aus. Der Beschwerdeführer hatte vorgebracht, dass ihm nicht (zusätzlich) erschwerend zur Last gelegt werden dürfe, dass das Opfer durch den Mordversuch schwer verletzt worden sei. Das Gericht hielt jedoch fest, dass eine unzulässige Doppelverwertung nur vorläge, wenn mit jedem Mordversuch notwendigerweise (schwere) Verletzungen verbunden wären. Dies treffe aber nicht für alle Mordversuche zu, weshalb die damit einhergehenden Verletzungen sehr wohl zusätzlich als erschwerend berücksichtigt werden könnten.¹⁹⁷⁴

Der Oberste Gerichtshofes verfolgt in seiner neueren Rechtsprechung auch eine eher enge Auslegung hinsichtlich deliktstypischer oder mit der Deliktverwirklichung zwingend verbundener Umstände.¹⁹⁷⁵ So betraf ein Entscheid

1970 OGH, Urteil 12 Os 133/17a vom 19. April 2018.

1971 «(2) Wird durch die ausgeübte Gewalt jemand schwer verletzt (§ 84 Abs. 1), so ist der Täter mit Freiheitsstrafe von fünf bis zu fünfzehn Jahren zu bestrafen.»

1972 «(1) Wer einen anderen am Körper misshandelt und dadurch fahrlässig eine länger als vierundzwanzig Tage dauernde Gesundheitsschädigung oder Berufsunfähigkeit oder eine an sich schwere Verletzung oder Gesundheitsschädigung zufügt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren zu bestrafen.»

1973 OGH, Urteil 15 Os 47/04 vom 9. September 2004.

1974 OGH, Urteil 12 Os 76/89 vom 14. September 1989.

1975 Vgl. dazu MALECZKY¹⁹, 63; SCHWAIGHOFER, JBl 2016, 61 f.

den Tatbestand der Verhetzung nach § 283 StGB/Ö.¹⁹⁷⁶ Der Beschuldigte hatte vorliegend via Facebook, und damit für eine breite Öffentlichkeit wahrnehmbar, gegen Angehörige der jüdischen Religion und israelische Staatsangehörige gehetzt und sie in einer die Menschenwürde verletzenden Weise beschimpft. Er brachte hinsichtlich der Strafzumessungserwägungen der Vorinstanz vor, dass die erschwerende Berücksichtigung *rassistischer Motive* wegen des Vergehens der Verhetzung nach § 283 Abs. 2 StGB/Ö gegen das Doppelverwertungsverbot verstosse, weil das Handeln aus rassistischen und fremdenfeindlichen Motiven typischerweise mit einem Schuldspruch nach § 283 StGB/Ö verbunden sei. Der Oberste Gerichtshof führte jedoch aus, dass sich das Doppelverwertungsverbot nur auf Erschwerungs- und Milderungsgründe beziehe, soweit diese «nicht schon die Strafdrohung bestimmen». Dies beziehe sich nur auf «subsumtionsrelevante Umstände», zu denen das Tatmotiv grundsätzlich – wenn es nicht ausnahmsweise im Tatbestand genannt sei – nicht zähle. Der Beweggrund für den Tatbestand der Verhetzung sei kein Tatbestandsmerkmal, § 283 Abs. 2 StGB/Ö verlange daher kein Handeln aus rassistischen Gründen.¹⁹⁷⁷

C. Das Doppelverwertungsverbot im schweizerischen Strafrecht

1. Fehlende gesetzliche Grundlage

Im Schweizerischen Strafgesetzbuch – oder in sonstigen (Neben-)Gesetzen – ist das Doppelverwertungsverbot – im Gegensatz zum deutschen und österreichischen Recht – (bislang) nicht geregelt.¹⁹⁷⁸ Nachfolgend soll zunächst

1976 «(1) Wer öffentlich auf eine Weise, dass es vielen Menschen zugänglich wird,
 1. zu Gewalt gegen eine Kirche oder Religionsgesellschaft oder eine andere nach den vorhandenen oder fehlenden Kriterien der Rasse, der Hautfarbe, der Sprache, der Religion oder Weltanschauung, der Staatsangehörigkeit, der Abstammung oder nationalen oder ethnischen Herkunft, des Geschlechts, einer körperlichen oder geistigen Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung definierte Gruppe von Personen oder gegen ein Mitglied einer solchen Gruppe ausdrücklich wegen der Zugehörigkeit zu dieser Gruppe auffordert oder zu Hass gegen sie aufstachelt,
 2. in der Absicht, die Menschenwürde anderer zu verletzen, eine der in Z 1 bezeichneten Gruppen in einer Weise beschimpft, die geeignet ist, diese Gruppe in der öffentlichen Meinung verächtlich zu machen oder herabzusetzen, oder
 3. [...] ist mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren zu bestrafen.»

1977 OGH, Urteil 15 Os 75/15s vom 22. Juli 2015; s. des Weiteren auch 13 Os 5/16h vom 9. März 2016; 15 Os 76/17s vom 19. Juli 2017.

1978 Vgl. BGer, Urteil 6S.44/2007 vom 6. Juni 2007, E. 4.3.2 («Nach § 46 Abs. 3 des deutschen StGB, welcher das Doppelverwertungsverbot im Gegensatz zum schweizerischen explizit regelt [...]»); BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 102.

untersucht werden, ob die gesetzliche Regelung des Verbots im Rahmen der Entstehungsgeschichte des Schweizerischen Strafgesetzbuchs thematisiert wurde und, falls ja, aus welchem Grund es im Ergebnis doch keine Aufnahme in das Regelwerk fand. Hierfür ist in einem ersten Schritt kurz auf die kantonalen Strafgesetzbücher einzugehen und sind daraufhin die (Vor-)Entwürfe des Schweizerischen Strafgesetzbuchs sowie des Militärstrafgesetzbuchs zu thematisieren. Schliesslich erfolgt ein Überblick über die kantonale und bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Doppelverwertungsverbot sowie dessen Diskussion in der schweizerischen Lehre.

2. Frühere kantonale Strafgesetze

In den damaligen Strafgesetzbüchern der heutigen Deutschschweizer Kantone finden sich, soweit ersichtlich, keine Ausführungen zum Doppelverwertungsverbot. Zumeist begnügten sie sich mit einer beispielhaften Aufzählung von Strafminderungs- und -erhöhungsgründen.¹⁹⁷⁹ Anders präsentierte sich dies in einigen Strafgesetzbüchern französischsprachiger Kantone, die keine vergleichbare tabellarische Aufzählung von Strafzumessungstatsachen vorwiesen, sondern auf eine relativ offene Normierung der Strafzumessung zurückgriffen.¹⁹⁸⁰ Die Strafgesetzbücher der Kantone Waadt, Freiburg und Neuenburg (Entwurf) hielten sogar explizit fest, dass die Berücksichtigung von strafmindernden und strafe erhöhenden Tatumständen, «qui font l'objet des dispositions spéciales de la loi», nicht zulässig sei.¹⁹⁸¹ Diese Normierung stimmt im Wortlaut grundsätzlich mit derjenigen des deutschen Strafgesetz-

1979 Vgl. hinten im Anhang die Auflistung der kantonalen Regelungen sowie vorne I.C.3.; Grundzüge-I/1892, 387; BRINER (1978), 3; G. MAURER (1945), 17; PFENNINGER (1890), 742 f.; vgl. auch LOGOZ/SANDOZ², Art. 63 N 1.

1980 Vgl. Motifs CP VD/1842, 32 («Le projet n'énumère pas les circonstances atténuantes ou aggravantes du délit, et l'on a souvent vainement tenté de le faire. Elles varient à l'infini, et il serait impossible de les prévoir toutes à l'avance [...]»); PFENNINGER (1890), 744.

1981 Art. 63 StGB/VD: «Les circonstances atténuantes ou aggravantes, autres que celles qui font l'objet de dispositions spéciales de la loi, sont prises en considération par le juge, dans la détermination de la peine, entre le maximum et le minimum [...]» (vgl. Zusammenstellung/1890, 195).

Art. 67 StGB/FR: «Dans la détermination des peines entre le maximum et le minimum, le Juge prend en considération les circonstances atténuantes ou aggravantes autres que celles qui font l'objet des dispositions spéciales de la loi, tant sous le rapport du mal matériel causé par le crime, que sous le rapport de la culpabilité de l'agent [...]» (vgl. Zusammenstellung/1890, 201).

Art. 88 E-StGB/NE: «Les circonstances atténuantes ou aggravantes autres que celles qui font l'objet de dispositions spéciales de la loi sont prises en considération par le juge dans la détermination de la peine [...]» (vgl. Zusammenstellung/1890, 205).

buchs überein, wonach Umstände, die schon Merkmale des gesetzlichen Tatbestandes sind, bei der Strafzumessung nicht berücksichtigt werden dürfen.¹⁹⁸²

Somit wurde die Problematik der Doppelverwertung von Tatbestandsmerkmalen in ein paar wenigen Kantonen bereits Mitte des 19. Jahrhunderts erkannt und deren Verbot gesetzlich geregelt. Mit Ausnahme der Motive zum Entwurf eines Strafgesetzbuchs im Kanton Neuenburg finden sich jedoch in der Literatur im Allgemeinen sowie in den Materialien zu den übrigen kantonalen Strafgesetzbüchern im Speziellen – soweit ersichtlich – keine weitergehenden Ausführungen zum Doppelverwertungsverbot.¹⁹⁸³ Den zuvor genannten Motiven ist diesbezüglich zu entnehmen, dass durch die gesetzliche Regelung dieses Prinzips auch den unterschiedlichen Zuständigkeiten von Richterinnen und Richtern sowie Jurymitgliedern in den in Neuenburg eingesetzten Geschworenengerichten Geltung verschafft werden sollte; so sollten die Geschworenen nur noch über mildernde oder erschwerende Umstände entscheiden können, «qui font l'objet des dispositions spéciales de la loi». Die übrigen Umstände, welche für die Strafzumessung von Bedeutung seien, lägen demgegenüber im Ermessen des Gerichts.¹⁹⁸⁴

3. Die (Vor-)Entwürfe des Schweizerischen Strafgesetzbuchs sowie des Militärstrafgesetzbuchs

a. Der Vorentwürfe ab 1894

Auch im Verlauf der Arbeiten zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch wurde die Problematik der doppelten Verwertung von Umständen, welche

1982 Vgl. vorne II.B.1.b.

1983 Vgl. etwa Motifs CP VD/1842, 32; GILLIÉRON (2005), 146f.

1984 Rapport CP NE/1891, 455 ff. («Notre titre se termine par un article qui a trait aux circonstances atténuantes et aggravantes et qui apporte de profondes modifications à l'ordre de choses actuel. Jusqu'ici, l'opinion du jury en matière de circonstances atténuantes avait été souveraine, soit qu'il fût question de circonstances atténuantes spéciales et résidant dans le fait lui-même, soit qu'il fût question de circonstances atténuantes générales. Son verdict avait, à ce point de vue, une importance considérable et liait absolument le Juge quant à l'application de la peine. Le projet repousse absolument ce système. Il ne laisse plus au jury que le droit de prononcer sur les circonstances atténuantes où aggravantes qui font l'objet des dispositions spéciales de la loi. En dehors de l'acte incriminé et des circonstances particulières qui s'y rattachent intimement et au milieu desquelles il a été accompli, toute la vie de l'accusé appartient à l'appréciation du tribunal [...]); Motifs CP NE/1890, 291 ff. («La portée de cet article sera de laisser au juge une plus grande liberté d'appréciation pour la fixation de la peine. C'est un changement très considérable dans nos mœurs judiciaires. Jusqu'à présent, le juge était à cet égard lié par la réponse du jury [...]»); dieser Gedanke lag wohl auch den Bestimmungen der Kantone Waadt und Freiburg zugrunde, in denen ebenfalls Geschworenengerichte eingesetzt waren, vgl. PAHUD DES MORTANGES², 255.

für die Strafzumessung von Relevanz sind, bereits erkannt. Im Vorentwurf von 1894 sah die Bestimmung von Art. 36 Abs. 6 zu den Strafmilderungsgründen Folgendes vor: «Berücksichtigt das Gesetz einen dieser Milderungsgründe bei einem Verbrechen besonders, so begründet derselbe keine weitere Strafmilderung.» Dies bedeutete nichts anderes als das Verbot der doppelten Verwertung eines Strafmilderungsgrunds. Im Falle einer Verurteilung wegen Tötung auf Verlangen gem. Art. 51 des Vorentwurfs («Wer einen Menschen auf sein dringendes und ernstliches Verlangen aus achtungswerten Beweggründen tötet, wird mit Gefängnis von 1 bis zu 5 Jahren bestraft») hätte somit der in Art. 36 Abs. 2 VE-StGB/1894 aufgeführte Strafmilderungsgrund der achtenswerten Beweggründe nicht mehr zusätzlich angewendet werden können. Das Verbot der doppelten Verwendung eines Strafmilderungsgrunds fand sich auch noch in den Vorentwürfen von 1896 (dort in Art. 39 Abs. 6), 1903 (in leicht abgeändertem Wortlaut in Art. 48 § 2) sowie 1908 (Art. 50 Ziff. 2). Die Erläuterungen zum letztgenannten Vorentwurf wiesen sogar explizit darauf hin, dass mildernde Umstände, die schon in der Tatbestandsumschreibung wie dem Totschlag oder der Tötung auf Verlangen berücksichtigt worden seien, nicht zusätzlich noch ein weiteres Mal in Erwägung gezogen werden dürften.¹⁹⁸⁵ Auch im Vorentwurf von 1916 fand sich die Bestimmung – wiederum in leicht angepasstem Wortlaut – in Art. 63 Ziff. 2: «Gehört ein solcher mildernder Umstand bereits zum Tatbestand eines Vergehens, so tritt eine weitere Strafmilderung wegen dieses mildernden Umstandes nicht ein.»

Ähnliche Überlegungen finden sich in den Motiven auch zu den Straferhöhungsgründen. So wurde im Vorentwurf von 1894 der Straferhöhungsgrund der «niederträchtigen Gesinnung» («Bosheit», «Rohheit», «Hinterlist», «Rachsucht», «Habsucht», «Schadenfreude») mit der Argumentation gestrichen, dass sich bei einem solchen zwingenden allgemeinen Straferhöhungsgrund «Verwickelungen» bei den Verbrechen, die schon ihrer Natur nach ein gemeines Motiv voraussetzten, ergeben hätten.¹⁹⁸⁶ Diese Ausführungen lassen darauf schliessen, dass damit das Verbot der Doppelverwertung von Straferhöhungsgründen angesprochen wurde. So war beim Tatbestand der «Überanstrengung Untergebener» nach Art. 65 Abs. 1 VE-StGB/1894 u.a. die Überanstrengung aus «Eigennutz», «Selbstsucht» oder «Bosheit» Voraussetzung für eine Verurteilung. Wäre nun der Straferhöhungsgrund der «niederträchtigen Gesinnung» zwingend anzuwenden, würde etwa der Umstand der «Bosheit» zum Nachteil des Täters zweimal verwertet: Zum ersten für die Begründung der Strafbarkeit an sich (die Überanstrengung der Untergebenen

1985 Erläuterungen VE-StGB/1908, 101.

1986 Motive VE-StGB/1894, 137.

muss aus einem «niederträchtigen» Motiv erfolgen), zum zweiten durch eine Erhöhung der konkreten Strafe aufgrund von ebendiesem bereits verwendeten Umstand. Zwar wurde ein Doppelverwertungsverbot für Straferhöhungsgründe nicht explizit in den Vorentwurf aufgenommen, die gesetzgeberischen Überlegungen zeigen jedoch, dass das Verbot auch in dieser Hinsicht schon zu diesem Zeitpunkt nicht unbekannt war.

b. Die Beratung der zweiten grossen Expertenkommission 1912-1916

In den Beratungen der zweiten grossen Expertenkommission ab dem Jahre 1912 wurde in der ersten Lesung die Problematik der doppelten Verwertung von Strafzumessungsumständen zwar nicht im Rahmen der Bestimmungen zur Strafzumessung, aber dafür anhand des Tatbestands der Kindstötung (damals Art. 67) diskutiert. Dabei ging es um die der Bestimmung bereits inhärente Strafmilderung im Vergleich zur vorsätzlichen Tötung aufgrund des Einflusses des Geburtsvorgangs auf die Täterin. ALFRED GAUTHIER war der Meinung, dass zusätzlich zum privilegierten Tatbestand auch noch eine Strafmilderung gestützt auf Art. 50 VE-StGB/1908 (mildernde Umstände) Anwendung finden solle.¹⁹⁸⁷ Dem widersprach Bundesrat EDUARD MÜLLER: «Nach dem VE kann der Einfluss des Geburtsvorganges nicht mehr als besonderer Milderungsgrund in Betracht fallen, wohl aber z.B. das Handeln auf Veranlassung einer Person, von der die Abtreibende abhängig ist. Das ist die Bedeutung des Art. 50 Ziff. 2.»¹⁹⁸⁸

In den Beratungen der Abänderungsanträge der Redaktionskommission im Jahre 1915 wurde die Bestimmung, welche die doppelte Verwertung von Strafzumessungsumständen verbot, jedoch selbst wieder Gegenstand der Diskussion. OTTO LANG stellte diesbezüglich den Antrag, den damaligen Art. 63 Ziff. 2 zu streichen.¹⁹⁸⁹ Als Begründung führte er auf, es sei nicht leicht, festzustellen, wann ein Tatbestand einen solchen mildernden Umstand ausdrücklich zum Tatbestandsmerkmal mache. Es gäbe Fälle, wo man im Zweifel sein

1987 Votum Gauthier, Protokoll-II/1913, 181 («[...] *ce que nous voulons pour toutes les femmes, non pas seulement pour celles qui ont une faute à cacher, c'est d'abord un article spécial faisant de l'infanticide un délit distinct, puni de peines réduites, puis encore la possibilité d'appliquer à ce délit les atténuations de l'article 50. Non l'un ou l'autre, mais l'un et l'autre. [...] l'art. 50 prévoit des circonstances atténuantes applicables aussi bien au délit d'infanticide qu'aux autres délits, à condition, naturellement, que les faits de la cause y donnent occasion [...]*»); vgl. auch Votum Hartmann, Protokoll-II/1913, 180 f. («[...] *in den meisten Fällen wird [die Mutter...] unter dem Einfluss einer heftigen Gemütsbewegung handeln, und wenn dann noch ein Milderungsgrund nach Art. 50 vorliegt, so tritt eventuell doppelte, und damit sicher genügende Milderung der Strafe ein*»).

1988 Votum BR Müller, Protokoll-II/1913, 181.

1989 Protokoll-VIII/1918, 204 f.

könne.¹⁹⁹⁰ Bei der Annahme eines solchen Falles würde es dem Gericht verunmöglicht, einen anderen Milderungsgrund des Art. 63 als den, der schon zum Tatbestandsmerkmal erhoben sei, zu berücksichtigen.¹⁹⁹¹ EMIL ZÜRCHER hielt dem entgegen, dass mit der Bestimmung nicht gemeint sei, dass durch die Anwendung von Art. 63 Ziff. 2 – also wenn ein Milderungsgrund schon im Tatbestand berücksichtigt worden sei – kein anderer Milderungsgrund des Art. 63 mehr berücksichtigt werden könne. Vielmehr sei eine Strafmilderung wegen genau *dieses* Milderungsgrundes nicht mehr möglich. Einer möglichen Fehlinterpretation könne wohl durch die Redaktion der betreffenden Bestimmung entgegengewirkt werden.¹⁹⁹² Aufgrund der Ausführungen EMIL ZÜRCHERS zog OTTO LANG daraufhin seinen Antrag zur Streichung von Art. 63 Ziff. 2 zurück und die Bestimmung wurde zwecks besserer Formulierung an die Redaktionskommission zurückgewiesen.¹⁹⁹³

c. Bemerkungen zum Vorentwurf der zweiten Expertenkommission von Carl Stooss

Obleich CARL STOOSS aufgrund seines Rufs als Professor an die Universität Wien im Jahre 1896 das Gesetzgebungsprojekt mehrheitlich nur mehr aus der Ferne verfolgen konnte,¹⁹⁹⁴ stellte ihm das Schweizerische Justiz- und Polizeidepartement im Januar 1917 die aktuellen Gesetzesentwürfe und Materialien – samt den neuesten Bemerkungen von Bundesrat EDUARD MÜLLER zum aktuellsten Entwurf – zu und lud ihn zur Sitzung der «kleinen Revisionskommission» im August 1917 in Weggis ein.¹⁹⁹⁵ CARL STOOSS äusserte sich zum Entwurf – und auch als Antwort auf die Bemerkungen von EDUARD MÜLLER – daraufhin bereits vor dem Zusammentreffen der Revisionskommission mit Schreiben vom 4. Juni 1917.¹⁹⁹⁶ Obwohl der Antrag zur Streichung von Art. 63 Ziff. 2 VE-StGB/1916 während der Beratungen der zweiten Expertenkommission zurückgezogen worden war, kritisierte auch CARL STOOSS in seinen Bemerkungen diese Bestimmung: «Ich halte diesen Zusatz nicht für glücklich. Ein

1990 Votum Lang, Protokoll-VIII/1918, 205 («Liegt z.B. beim Zweikampfschwere Bedrängnis als Tatbestandsmerkmal vor für den, der gefordert wurde? Ich würde das bejahen. Wie ist es aber bei der Tötung auf Verlangen, bei der Abtreibung, beim kleinen Diebstahl, der aus Not begangen wurde? Deshalb habe ich mich gefragt, ob man nicht Abs. 2 streichen könnte»).

1991 Votum Lang, Protokoll-VIII/1918, 205.

1992 Votum Zürcher, Protokoll-VIII/1918, 206.

1993 Protokoll-VIII/1918, 206 f.

1994 Vgl. dazu PAHUD DES MORTANGES², 272.

1995 Schreiben Justiz- und Polizeidepartement 1917.

1996 Bemerkungen Stooss 1917; vgl. auch Botschaft, BBl 1918 IV, 4.

mildernder Umstand im Sinne von Art. 63 wird kaum Tatbestandsmerkmal sein; wenigstens kann ich es mir nicht vorstellen. Dagegen ist es leicht möglich, dass einer der allgemeinen Strafmilderungsgründe für ein einzelnes Vergehen als besonderer Strafmilderungsgrund berücksichtigt wird. Daher hatte Art. 50, 2 des Entwurfes von 1908 einen guten Sinn: «Berücksichtigt das Gesetz einen solchen mildernden Umstand bei einem Verbrechen besonders, so wird die Strafe nicht weiter gemildert.»¹⁹⁹⁷

Den Ausführungen von STOOSS kann so nicht gefolgt werden. Zwar war der Wortlaut von Art. 63 Ziff. 2 VE-StGB/1916 im Vergleich zu Art. 50 Ziff. 2 VE-StGB/1908 (auch der Vorentwurf in der Fassung vom August 1915 enthielt noch den Wortlaut – mit Ausnahme des Austauschs des Worts «Verbrechen» durch «Vergehen» – des ehemaligen Art. 50 Ziff. 2 VE-StGB/1908)¹⁹⁹⁸ effektiv angepasst worden,¹⁹⁹⁹ aufgrund der Beratung der zweiten grossen Expertenkommission erhellt aber, dass inhaltlich keine Änderung von Art. 63 Ziff. 2 angestrebt wurde; vielmehr war das Ziel der Revidierung der Bestimmung, das Missverständnis zu verhindern, dass im Falle des Vorliegens eines bereits bei einem Tatbestand berücksichtigten Milderungsgrunds kein anderer Milderungsgrund mehr hätte zur Anwendung kommen können.²⁰⁰⁰ Anders als CARL STOOSS dies vorbringt, setzt die Bestimmung nicht voraus, dass ein mildernder Umstand im Sinne von Art. 63 ein «Tatbestandsmerkmal» darstellt. Art. 63 Ziff. 1 VE-StGB/1916 hielt lediglich fest, dass ein (solcher) mildernder Umstand schon zum Tatbestand eines Vergehens *gehören* müsse. Diese Umschreibung war nach vorliegender Ansicht nicht enger gefasst als diejenige von Art. 50 Ziff. 2 VE-StGB/1908, wonach die Strafe nicht weiter gemildert wurde, wenn das Gesetz einen (solchen) mildernden Umstand bei einem Verbrechen besonders *berücksichtigt*. Beide Bestimmungen betreffen unzweifelhaft den Umstand der doppelten Berücksichtigung eines Milderungsgrunds, der bereits in einem Tatbestand des Besonderen Teils des Strafgesetzbuchs – wie auch immer – *enthalten* ist. Die Bestimmung von Art. 63 Ziff. 2 VE-StGB/1916 war insofern sogar noch plausibler, als nun klargestellt wurde, dass nur wegen *dieses* mildernden Umstands – d.h. desjenigen, der schon durch den Tatbestand verbraucht war – keine weitere Strafmilderung mehr eintreten konnte. Selbst wenn ein mildernder Umstand im Sinne von Art. 63 ein «Tatbestandsmerkmal» – im

1997 Bemerkungen Stooss 1917, 22.

1998 Siehe hierfür Beilagenband II/1916, 23.

1999 Die Anpassung von Art. 63 Ziff. 2 VE-StGB/1915 erfolgte lediglich aufgrund der erwähnten Intervention von OTTOLANG (vgl. vorne II.C.3.b.) durch die Redaktionskommission (Protokoll-VIII/1918, 206 f.), deren Überlegungen für die geänderte Wortwahl jedoch den Materialien nicht entnommen werden kann.

2000 Vgl. Protokoll-VIII/1918, 204 ff.; vorne II.C.3.b.

Sinne einer expliziten Erwähnung im Gesetzeswortlaut – darstellen müsste, so wäre dies z.B. beim Tatbestand des Totschlags der Fall. Art. 105 VE-StGB/1916 führt so aus, dass die Tötung «in einer nach den Umständen entschuldbaren heftigen Gemütsbewegung» erfolgen müsse, was auch den Milderungsgrund der Tatbegehung aus Zorn oder grossem Schmerz über eine ungerechte Reizung oder Kränkung nach Art. 63 Ziff. 1 VE-StGB/1916 umfassen konnte.²⁰⁰¹

d. Die Beratungen der Revisionskommission in Weggis und der Entwurf des Bundesrates von 1918

Im Sommer 1917 wurde der Vorentwurf der grossen Expertenkommission durch eine kleine Kommission unter Mitwirkung von CARL STOOSS überarbeitet.²⁰⁰² Diese sog. Revisionskommission traf sich im August 1917 in Weggis.²⁰⁰³ Das Ergebnis der Beratungen dieser Revisionskommission mündete in einem neuen Vorentwurf des Allgemeinen Teils vom August 1917. Im Vergleich zum Vorentwurf von 1916 wurde Art. 63 Ziff. 2 VE-StGB/1916 gestrichen. Der verbleibende Art. 63 Ziff. 1 VE-StGB/1916 wurde ausserdem zu Art. 60 VE-StGB/1917 unnummeriert.

Unklar bleibt, weshalb das Verbot der Doppelverwertung von Milderungsgründen nicht in den neuen Vorentwurf übernommen wurde. Den Materialien dazu kann nichts entnommen werden. Im Vorentwurf der Redaktionskommission wird bei der Marginalie «Strafmilderungsgründe» zu Art. 60 lediglich Folgendes ausgeführt: «= VE 1916 Art. 63, ohne Ziff. 2». Es kann nur spekuliert werden, ob CARL STOOSS schlussendlich den Ausschlag für die Streichung gegeben hat. Dafür sprächen seine Bemerkungen zum Vorentwurf vom Juni 1917 und der damit verbundene Vorbehalt zu Art. 63 Ziff. 2 VE-StGB/1916. Jedoch hatte er sich zu keinem Zeitpunkt gegen eine Streichung des Doppelverwertungsverbots an sich ausgesprochen, sondern lediglich den damaligen Wortlaut kritisiert.

Der Vorentwurf der Revisionskommission vom August 1917 wurde schliesslich in den Departementsentwurf vom Juni 1918 überführt. In diesem erfolgte eine erneute Anpassung der Artikelnummerierung. Inhaltlich wies entsprechend auch Art. 61 DPE-StGB/1918 zu den mildernden Umständen keine Ziff. 2 auf. Der kurz darauf im gleichen Jahr präsentierte Entwurf des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch vom

2001 Die Erläuterungen zum Vorentwurf von 1908 wiesen sogar explizit darauf hin, dass mildernde Umstände, die schon in der Tatbestandsumschreibung *wie dem Totschlag oder der Tötung auf Verlangen* berücksichtigt wurden, nicht zusätzlich noch ein weiteres Mal in Erwägung gezogen werden dürften (Erläuterungen VE-StGB/1908, 101).

2002 Siehe dazu THORMANN, ZBJV 1918, 202; Einladungsschreiben 1917.

2003 Vgl. Einladungsschreiben 1917.

23. Juli 1918 erfuhr bei der Strafzumessung im Vergleich zum Departementsentwurf ebenfalls keine Anpassungen mehr (Art. 60 ff. E-StGB/1918).

e. Der (Vor-)Entwurf des Militärstrafgesetzes

Bereits im Jahre 1851 erliess der Bund ein erstes Militärstrafgesetz, das lange Zeit eine eher bescheidene Rolle spielte.²⁰⁰⁴ Schon in den Jahren 1876 bis 1888 hatte sich der Bund an einer Neugestaltung des gesamten Militärstrafrechts versucht, war jedoch gescheitert.²⁰⁰⁵ Im damaligen Entwurf aus dem Jahre 1884 fand sich keine Bestimmung, welche wie Art. 36 Abs. 2 VE-StGB/1894 ein Verbot der doppelten Verwertung von Strafmilderungsgründen enthielt. Art. 19 E-MStG/1884 beinhaltete lediglich eine Aufzählung der allgemeinen Strafmilderungsgründe sowie der «Straferschwerungsgründe».²⁰⁰⁶ Dem Entwurf des Militärstrafgesetzes von 1884 fehlte überdies eine allgemeine Bestimmung, wie die gerichtliche Strafzumessung zu erfolgen bzw. nach welchen Grundprinzipien sie sich zu richten habe.

Mit Ausbruch des Ersten Weltkriegs im Jahre 1914 wurde die Schweiz jedoch zu einer ausgedehnten Mobilisation ihrer Truppen gezwungen, wodurch die Fragen des militärischen Strafrechts und der militärischen Gerichtsbarkeit wieder mehr in den Vordergrund traten.²⁰⁰⁷ Aufgrund des Alters des bestehenden Militärstrafgesetzes und dessen Unzulänglichkeiten – das Militärstrafgesetz von 1851 ging von einem Kriegszustand aus – sollte ein rundum neues Militärstrafgesetz geschaffen werden.²⁰⁰⁸

Im Mai 1916 beauftragte das Justiz- und Polizeidepartement ERNST HAFTER, einen Vorentwurf zu einem neuen Militärstrafgesetzbuch auszuarbeiten. Dieser Vorentwurf wurde in der Zeit von April 1917 bis Sommer 1918 von einer Expertenkommission beraten und am 26. November 1918 – vier Monate nach dem Entwurf des bürgerlichen Strafgesetzbuchs – als bundesrätlicher Entwurf eines Schweizerischen Militärstrafgesetzbuches der Bundesversammlung vorgelegt.²⁰⁰⁹ Der von ERNST HAFTER verfasste Vorentwurf lehnte sich hinsichtlich der Bestimmungen zur Strafzumessung grösstenteils an den Vorentwurf des Strafgesetzbuchs aus dem gleichen Jahr an.²⁰¹⁰ So führte Art. 41

2004 Botschaft, BBl 1918 V, 337; vgl. auch PAHUD DES MORTANGES², Rz. 363; TEICHMANN, in: von Liszt, 376 ff.; m.w.H. PFENNINGER (1890), 614 ff.

2005 Botschaft, BBl 1918 V, 339.

2006 Vgl. dazu auch GRETENER (1886), 70.

2007 Botschaft, BBl 1918 V, 337.

2008 Botschaft, BBl 1918 V, 337 f.

2009 Botschaft, BBl 1918 V, 339 f.; PFENNINGER, ASMZ 1926, 381.

2010 Motive VE-MStG/1916 («Der VE [...] schafft [...] klare Verhältnisse, und das MStGB kann nichts Besseres tun, als sich an ihn anzuschliessen [...]»); vgl. zum Entwurf von 1918 Botschaft, BBl 1918 V, 359.

VE-MStG/1916 aus, dass das Gericht die Strafe mildern könne, wenn der Täter das Vergehen aus achtenswerten Beweggründen begangen, wenn Zorn oder grosser Schmerz über eine ungerechte Reizung oder Kränkung den Täter zu dem Vergehen hingerissen, wenn er aufrichtige Reue über das Vergehen betätigt, namentlich den Schaden gutgemacht habe oder wenn seit der Tat verhältnismässig lange Zeit verstrichen sei und der Täter sich während dieser Zeit wohl verhalten habe. Im Gegensatz zu Art. 63 VE-StGB/1916 fehlte dem Vorentwurf des Militärstrafgesetzes jedoch eine Ziff. 2, welche die doppelte Verwertung von Strafmilderungsgründen untersagte. Eine entsprechende Bestimmung war sodann – wieder in Übereinstimmung mit dem bürgerlichen Strafgesetzbuch – auch nicht in Art. 45 des Entwurfs von 1918 sowie in der am 1. Januar 1928 in Kraft getretenen endgültigen Bestimmung von Art. 45 MStG enthalten.

4. Rechtsprechung

Obleich die gesetzliche Regelung des Doppelverwertungsverbots nicht aus den Vorentwürfen in das Schweizerische Strafgesetzbuch übernommen wurde, hat die Rechtsprechung dessen Geltung für das schweizerische Strafzumessungsrecht übernommen und damit eine mit der in Deutschland vor der Revision des Strafgesetzbuchs von 1970 herrschenden vergleichbare Situation geschaffen. Nachfolgend soll ein Überblick über die Rechtsprechung des Bundesgerichts von den Anfängen der Implementierung des Verbots bis zu dessen heutiger Ausgestaltung gegeben werden, wobei auch die kantonale Praxis miteinzubeziehen ist.

a. Die Anfänge der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Doppelverwertungsverbot

a1. BGE 70 IV 181

Soweit ersichtlich, setzte sich das Bundesgericht zum ersten Mal mit der Problematik der doppelten Verwertung von strafzumessungsrelevanten Umständen im Entscheid BGE 70 IV 181 vom 13. Oktober 1944 auseinander, ohne jedoch den Begriff des Doppelverwertungsverbots zu verwenden. Der Beschwerdeführer hatte geltend gemacht, dass die Vorinstanz bei seiner Verurteilung wegen «kommunistischer Tätigkeit» Art. 64 StGB/1937 verletzt habe, da ihm keine achtungswerten Beweggründe zugutegehalten worden seien, da er «ausschliesslich aus Idealismus tätig geworden sei». Das Bundesgericht schützte den vorinstanzlichen Entscheid und hielt fest, dass beim entsprechenden Tatbestand Handeln aus Idealismus, «wie immer bei rein politischen Vergehen», die Regel und ein «gemeiner» Beweggrund die Ausnahme

bilde. Die angedrohten Strafen seien auf diesen Normalfall zugeschnitten und liessen daher beim Handeln aus solchem Beweggrunde für die Strafmilderung nach Art. 64 StGB/1937 keinen Raum, wie denn auch diese Vorschrift – die allgemeine Regel über die Strafzumessung sei in Art. 63 StGB/1937 enthalten – nicht für die Regel, sondern für die Ausnahmefälle vorgesehen sei. Die Strafe, welche gemäss der gesetzlichen Bestimmung für nötig gehalten worden sei, um dem Verbot kommunistischer Tätigkeit Nachachtung zu verschaffen und die Auflösung kommunistischer Organisationen durchzusetzen, müsse im Normalfall auch ungemildert angewendet werden können.²⁰¹¹

a2. BGE 72 IV 110

Nur kurz darauf hatte das Bundesgericht in BGE 72 IV 110 einen weiteren Fall zu entscheiden, wobei es weiterhin noch nicht die Terminologie des Doppelverwertungsverbots verwendete. Im vorliegenden Entscheid war der Täter von der Vorinstanz wegen bandenmässigen Diebstahls verurteilt worden. Im Rahmen der Strafzumessung wurde ihm vom kantonalen Gericht zusätzlich zur Annahme der Bandenmässigkeit strafe erhöhend die «ganze Mitwirkung in dieser Gesellschaft» angerechnet.²⁰¹² Das Bundesgericht rügte diese Herangehensweise und stellte in einer knappen Ausführung fest, dass die Tatbegehung als Mitglied einer Bande schon dadurch abgegolten werde, dass nach Art. 137 Ziff. 2 Abs. 2 StGB/1937 der höhere Strafrahmen zur Anwendung komme und daher dieser Umstand nicht noch zusätzlich als Straferhöhungsgrund ins Gewicht fallen solle.²⁰¹³

a3. BGE 118 IV 342

Der eigentliche Begriff des Doppelverwertungsverbots bei der Strafzumessung wurde zum ersten Mal durch das Bundesgericht im Entscheid BGE 118 IV 342 vom 11. Dezember 1992 in die höchstrichterliche Rechtsprechung überführt.²⁰¹⁴

Gemäss der erstinstanzlichen Sachverhaltsfeststellung des Strafgerichts Basel-Landschaft veräusserte, finanzierte und vermittelte der Täter ca. 350 Gramm Heroin sowie ca. 250 Gramm Kokain über einen Zeitraum von etwa einem Jahr, wodurch er einen Erlös von insgesamt CHF 30'000 bis 40'000

2011 BGE 70 IV 181, E. 2.

2012 BGE 72 IV 110, E. 3.

2013 BGE 72 IV 110, E. 3; trotz dieser unrichtigen Strafzumessungserwägung der Vorinstanz hielt das Bundesgericht an der vorinstanzlich ausgesprochenen Strafe fest, da sich allein aus den Erwägungen nicht ergebe, dass die erwähnte Fehlüberlegung die Höhe der ausgefallten Strafe beeinflusst habe!

2014 ARZT spricht von einem «unvermeidlichen Import» (recht 1994, Rz. 60).

erzielte. Neben qualifizierten Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz gem. Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG (Gefährdung der Gesundheit vieler Menschen) und Art. 19 Ziff. 2 lit. c BetmG (gewerbsmässiger Handel) wurde der Täter auch wegen Konsums von Betäubungsmitteln sowie diverser SVG-Delikte (Geschwindigkeitsüberschreitung von mindestens 47 km/h bei einer signalisierten Höchstgeschwindigkeit von 100 km/h, Erteilung von Fahrunterricht, ohne die Voraussetzungen zu erfüllen, Nichtbeherrschen des Fahrzeugs etc.) zu einer Freiheitsstrafe («Gefängnisstrafe») von 17 Monaten und zehn Tagen sowie zu einer Busse von CHF 300 verurteilt.²⁰¹⁵ Im Rahmen der Strafzumessung berücksichtigte das Strafgericht die Drogenmenge strafferhöhend: «Die dem Angeklagten anzulastenden 350 Gramm Heroin sowie 250 Gramm Kokain liegen weit über der Limite von 12 resp. 18 Gramm, deren Überschreitung nach bundesgerichtlicher Praxis (BGE 109 IV 143) einen qualifizierten Fall bedeutet. [...] In objektiver Hinsicht wird der Beschuldigte wegen der grossen Menge gehandelten Rauschgiftes [...] stark belastet.»²⁰¹⁶

Gegen das Urteil erklärte die Staatsanwaltschaft Basel-Landschaft am 8. August 1991 Appellation. Das damalige Obergericht Basel-Landschaft hatte sich dabei u.a. mit der Frage auseinanderzusetzen, ob die Menge der involvierten Betäubungsmittel bei der Strafzumessung berücksichtigt werden darf oder muss. Die Verteidigung brachte diesbezüglich vor, dass die Menge ausschliesslich darüber entscheide, ob ein qualifizierter Fall nach Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG vorliege. Der in dieser Bestimmung typisierte «schwere Fall» knüpfe an die Menge von Betäubungsmitteln an, auf die sich die Widerhandlung beziehe. Gefährde diese Menge die Gesundheit vieler Menschen, liege nach der gesetzgeberischen Entscheidung ein schwerer Fall vor, für den der verschärfte Strafrahmen mit einem Jahr Freiheitsstrafe als Mindeststrafe zum Tragen komme. Der Umstand, dass sich die Widerhandlung auf eine bestimmte Menge von Betäubungsmitteln beziehe, führe somit zu einem erheblichen Wechsel des Strafrahmens. Die nochmalige Berücksichtigung eben dieses gleichen Umstandes, also der Menge der involvierten Betäubungsmittel, führe bei der konkreten Strafzumessung innerhalb des verschärften Strafrahmens zu einer unzulässigen Doppelverwertung von Tatbestandselementen.²⁰¹⁷ Das Obergericht stimmte dieser Argumentation grundsätzlich zu, wies jedoch darauf hin, dass bei der Strafzumessung durchaus berücksichtigt werden dürfe, in welchem *Ausmass* das qualifizierende Element vorliege: «Es ist deshalb entgegen der Ansicht der Verteidigung zulässig, bei der Strafzumessung in

2015 StrGer BL, Urteil vom 8. August 1991, S. 2 ff., 10 f., 14.

2016 StrGer BL, Urteil vom 8. August 1991, S. 11 f.

2017 OGer BL, Urteil vom 7. April 1992, E. 4.1.

Rechnung zu stellen, in welchem Ausmass die Menge der involvierten Betäubungsmittel die für den schweren Fall vom Bundesgericht fixierte Limite von 12 Gramm Heroin und 18 Gramm Kokain (BGE 109 IV 143) überschreitet.»²⁰¹⁸

Zu dieser Frage musste schliesslich auch das Bundesgericht Stellung nehmen. Der Täter machte wiederum geltend, dass die ihm angelastete erhebliche Drogenmenge bereits zur Anwendung von Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG (Gefährdung der Gesundheit vieler Menschen) geführt habe. Dadurch sei die Mindeststrafe von Geldstrafe auf ein Jahr Gefängnis und die Höchststrafe von drei Jahren auf zwanzig Jahre Gefängnis gestiegen. Mit dieser Erhöhung des Strafrahmens sei der Drogenmenge entsprechend Rechnung getragen. Es gehe nicht an, die Menge innerhalb des erhöhten Strafrahmens ein weiteres Mal strafferhöhend zu berücksichtigen. Das widerspreche dem Doppelverwertungsverbot.²⁰¹⁹ In der Folge äusserte sich das Bundesgericht erstmals explizit zu diesem Grundsatz. Unter Verweis auf GÜNTER STRATENWERTH und STEFAN TRECHSEL²⁰²⁰ führte es aus, dass grundsätzlich Umstände, die zur Anwendung eines höheren oder tieferen Strafrahmens führten, innerhalb des geänderten Strafrahmens nicht noch einmal als Straferhöhungs- oder Strafminderungsgrund berücksichtigt werden dürften. Andernfalls würde dem Täter der gleiche Umstand zweimal zur Last gelegt oder zugutegehalten. So sei es bspw. unzulässig, bei Annahme der Bandenmässigkeit bei Diebstahl die «ganze Mitwirkung in dieser Gesellschaft» erneut zuungunsten des Verurteilten zu gewichten. Mit dem Wechsel des Strafrahmens sei die Bandenmässigkeit abgegolten.²⁰²¹

Dagegen könne das Gericht bei der Strafzumessung durchaus berücksichtigen, in welchem *Ausmass* ein qualifizierender oder privilegierender Tatumstand gegeben sei. Habe somit etwa der Räuber das Opfer grausam behandelt und «erhöht sich deshalb der Strafrahmen gem. Art. 139 Ziff. 3 StGB auf fünf bis 20 Jahre Zuchthaus», dürfe das Gericht die Strafe wegen der grausamen Behandlung des Opfers zwar nicht noch einmal anheben. Es sei hingegen bei der Festsetzung der Strafe innerhalb des erhöhten Strafrahmens nicht nur berechtigt, sondern verpflichtet zu gewichten, *wie* grausam der Räuber das Opfer behandelt habe. Das Gericht verfeinere damit nur die Wertung, die der Gesetzgeber vorgezeichnet habe. Entsprechendes gelte bei einer Verurteilung gem. Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG. Hier sei für die Festsetzung der Strafe innerhalb des erhöhten Strafrahmens von Bedeutung, in welchem Ausmass

2018 OGer BL, Urteil vom 7. April 1992, E. 4.1.

2019 BGE 118 IV 342, E. 2b.

2020 Auf diese wird hinten unter II.C.5. zurückzukommen sein.

2021 BGE 118 IV 342, E. 2b.

der Täter eine abstrakte Gefahr für die Gesundheit vieler Menschen geschaffen habe. Dies hänge sowohl von der Art als auch von der Menge der Droge ab. Die Vorinstanz habe deshalb Bundesrecht nicht verletzt, wenn sie die erhebliche Betäubungsmittelmengenzulasten des Täters gewichtet habe.²⁰²²

Das Bundesgericht äusserte sich mit diesem Entscheid somit erstmals zum Doppelverwertungsverbot hinsichtlich der doppelten Verwertung von *Qualifizierungs- und Privilegierungsgründen*.²⁰²³

a4. BGE 120 IV 67

Diese Rechtsprechung zum Doppelverwertungsverbot bestätigte das Bundesgericht sodann im Entscheid BGE 120 IV 67 vom 28. Februar 1994. Diesem lag folgender Sachverhalt zugrunde: Der Täter fuhr mit seinem Personenwagen in einer Ortschaft, wo eine Höchstgeschwindigkeit von 50 km/h gilt, mit einer Geschwindigkeit von mindestens 80 km/h. Dabei übersah er den aus der Gegenrichtung herkommenden Personenwagen des Geschädigten, welcher nach links auf einen Parkplatz abbiegen wollte. Wegen seiner übersetzten Geschwindigkeit war der Täter nicht mehr in der Lage, rechtzeitig anzuhalten, sodass er heftig von der Seite mit dem Fahrzeug des Geschädigten zusammensties. Dieser erlitt starke Prellungen am rechten Oberschenkel, am rechten Arm und im Schulterbereich; an den beiden Fahrzeugen entstand ein Totalschaden. Der Täter wurde in der Folge vom Bezirksgericht Bülach mit Urteil vom 21. Dezember 1992 der groben Verletzung der Verkehrsregeln schuldig gesprochen und zu einer Busse von CHF 800 verurteilt.²⁰²⁴ Die Staatsanwaltschaft erhob gegen diesen Entscheid Berufung an das Obergericht des Kantons Zürich. Dieses bestätigte das erstinstanzliche Urteil und verurteilte den Täter mit Entscheid vom 13. Mai 1993 ebenfalls wegen grober Verletzung der Verkehrsregeln im Sinne des damaligen Art. 90 Ziff. 2 SVG zu einer Busse von CHF 800.²⁰²⁵ Im Rahmen der Strafzumessung wertete das Obergericht Zürich das Verschulden des Täters als schwer, da er aufgrund seiner massiven Geschwindigkeitsüberschreitung innerorts verantwortungs- sowie rücksichtslos gehandelt habe.²⁰²⁶ Gegen diesen Entscheid führte die Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde, welche mit Urteil des Bundesgerichts vom 28. Februar 1994 abgewiesen wurde.²⁰²⁷ Das Bundes-

2022 Vgl. zum Ganzen BGE 118 IV 342, E. 2b.

2023 Vgl. eingehend hinten II.F.2.b.

2024 Vgl. BGE 118 IV 342, Sachverhalt.

2025 OGer ZH, Urteil vom 13. Mai 1993, S. 13.

2026 OGer ZH, Urteil vom 13. Mai 1993, S. 11f.

2027 BGE 120 IV 67, E. 2b.

gericht hielt in Bezug auf das von der Vorinstanz als strafehöhend gewertete verantwortungs- und rücksichtslose Verhalten des Täters in Anlehnung an seine früheren Erwägungen in BGE 118 IV 342 fest, dass dies keinen Verstoss gegen das Doppelverwertungsverbot bedeute, da das Gericht dem *Ausmass* eines qualifizierenden oder privilegierenden Tatumstandes bei der Strafzumessung Rechnung tragen dürfe.²⁰²⁸

b. Die neuere bundesgerichtliche Rechtsprechung

Soweit ersichtlich, hat sich das Bundesgericht bislang in keinem Urteil umfassend zum Prinzip des Verbots der Doppelverwertung geäussert. Nachdem es in den zuvor erwähnten Grundsatzentscheiden jeweils nur Erwägungen zur doppelten Verwertung von *Qualifizierungs-* und *Privilegierungsgründen* gemacht hatte, erweiterte es den Geltungsbereich des Verbots in einem unveröffentlichten Entscheid vom 28. Januar 1999 jedoch auch explizit auf *Tatbestandsmerkmale*.²⁰²⁹ Es hielt dabei wiederum unter Verweis auf BGE 118 IV 342 fest, dass es jedoch nicht gegen das Doppelverwertungsverbot verstosse, «bestimmte Umstände, welche Tatbestandsmerkmale oder gesetzliche Qualifikationsgründe darstellen», bei der Strafzumessung im Rahmen des damals geltenden Art. 63 StGB/1937 strafehöhend zu berücksichtigen, da das *Ausmass* solcher Umstände mehr oder weniger gross sein könne. Dies gelte auch für den in jenem Fall einschlägigen Qualifikationsgrund der Grausamkeit.²⁰³⁰

In den letzten Jahren wurden mutmassliche Verstösse gegen das Doppelverwertungsverbot durch die oberen kantonalen Instanzen vermehrt vor dem Bundesgericht gerügt. Letzteres erkannte jedoch in der überwiegenden Anzahl der Fälle auf keine Verletzung desselben.²⁰³¹ Ein Verstoss gegen das Prinzip wurde jedoch vom Bundesgericht in einem Urteil des Geschworenengerichts des Kantons Zürich festgestellt, da dieses dem – u.a. wegen mehrfacher

2028 BGE 120 IV 67, E. 2b.

2029 BGer, unv. Urteil 6S.84/1998 vom 28. Januar 1999, E. 8a; vgl. dazu sodann hinten II.F.2.a.

2030 BGer, unv. Urteil 6S.84/1998 vom 28. Januar 1999, E. 8a.

2031 Siehe etwa BGE 142 IV 14, E. 5.4; 141 IV 61, E. 6.1.3; BGer, Urteil 6B_149/2022 vom 25. August 2022, E. 7.4; 6B_1024/2021 vom 2. Juni 2022, E. 5.2.2; 6B_368/2020 vom 24. November 2021, E. 2.3.1; 6B_92/2021 vom 30. Juni 2021, E. 1.4.1; 6B_1067/2020 vom 5. Mai 2021, E. 3.3.f.; 6B_1302/2020 vom 3. Februar 2021, E. 3; 6B_1074/2020 vom 3. Februar 2021, E. 1.4; 6B_943/2020 vom 19. Januar 2021, E. 3.4; 6B_496/2020 vom 11. Januar 2021, E. 3.6; 6B_651/2018 vom 17. Oktober 2018, E. 7.4; 6B_241/2018 vom 4. Oktober 2018, E. 1.5.2; 6B_1038/2017 vom 31. Juli 2018, E. 2.6.1; 6B_935/2017 vom 9. Februar 2018, E. 2.4; 6B_748/2016 vom 22. August 2016, E. 7.3.f.; 6B_1196/2015 vom 27. Juni 2016, E. 2.3.4; 6B_172/2011 vom 23. Dezember 2011, E. 3.4.2; 6B_294/2010 vom 15. Juli 2010, E. 3.3.2; 6B_1038/2009 vom 27. April 2010, E. 3.2.2; 6B_635/2009 vom 19. November 2009, E. 4.3.2; 6B_785/2007 vom 14. Mai 2008, E. 2.4; 6S.448/2004 vom 3. Oktober 2005, E. 7.5; 6P.90/2004 vom 5. November 2004, E. 5.2; 6P.119/2003 vom 20. Januar 2004, E. 7.5.

versuchter Anstiftung zum Mord verurteilten – Täter verschuldens erhöhend angelastet hatte, sich für die Tatausführung einer anderen Person bedient zu haben.²⁰³² Sodann hob das Bundesgericht auch einen Entscheid des Obergerichts des Kantons Aargau unter dem Hinweis auf, dass die von der Vorinstanz eingesetzte Einsatzstrafe für u.a. mehrfache vorsätzliche Tötung als zu hoch erscheine. So sei zu beachten, dass die gesetzliche Mindeststrafe von fünf Jahren das für die Taterfüllung notwendige Unrecht – den Tod eines Menschen – schon beinhalte. Ausserdem gehe es nicht an, die Strafe für den zusätzlich erfüllten Tatbestand der qualifizierten groben Verkehrsregelverletzung nach Art. 90 Abs. 3 SVG mit Verweis auf «das rücksichtslose Verhalten, das grosse Risiko und dessen Verwirklichung» zu erhöhen, da diese Umstände bereits zur Begründung des Tatbestands herangezogen worden seien.²⁰³³ Einen Verstoss gegen das Doppelverwertungsverbot erkannte das Bundesgericht schliesslich auch bei einer Verurteilung durch das Obergericht Aargau wegen grober Verkehrsregelverletzung nach Art. 90 Abs. 2 SVG, da Letzteres unter Verweis auf den erstinstanzlichen Entscheid die Höhe der Strafe zu einem grossen Teil mit Umständen begründe, die schon gesetzliche Tatbestandsmerkmale seien. Welche Umstände hierbei durch die Vorinstanz konkret doppelt berücksichtigt worden seien, führte das Bundesgericht jedoch nicht aus.²⁰³⁴

Obschon sich das Bundesgericht seit den 1990er-Jahren vermehrt mit der Problematik der doppelten Verwertung von Strafzumessungsumständen zu beschäftigen hatte, sah es bislang von einer eingehenden Auseinandersetzung mit dieser Thematik ab. In einem Grossteil der Fälle begnügte es sich damit, den in BGE 118 IV 342 aufgestellten Programmsatz, dass «Umstände, die zur Anwendung eines höheren oder tieferen Strafrahmens führen, [...] innerhalb des geänderten Strafrahmens nicht noch einmal als Straferhöhungs- oder Strafminderungsgrund berücksichtigt werden [dürfen]», zu wiederholen resp. auf diesen Grundsatzentscheid zu verweisen.²⁰³⁵

c. Kantonale Entscheide

Die kantonalen Gerichte wurden mit dem Verbot der Doppelverwertung von Tatbestands- sowie Qualifizierungsmerkmalen ebenfalls schon kurz nach Inkrafttreten des Schweizerischen Strafgesetzbuchs konfrontiert. Einen der ersten Fälle zu dieser Thematik behandelte der Corte delle assise criminali des

2032 BGer, Urteil 6S.44/2007 vom 6. Juni 2007, E. 4.3; s. dazu eingehend hinten II.F.2.g.

2033 BGer, Urteil 6B_567/2017 vom 22. Mai 2018, E. 4.3.

2034 BGer, Urteil 6B_502/2019 vom 27. Februar 2020, E. 3.4.

2035 Vgl. etwa die in Fn. 2031 aufgeführten Entscheide.

Kantons Tessin mit Entscheid vom 29. Oktober 1942. Das Doppelverwertungsverbot wurde im Rahmen des Tatbestands der Kindstötung (Art. 116 StGB/1937) diskutiert, wozu sich zuvor schon die zweite grosse Expertenkommission geäussert hatte.²⁰³⁶ Es ging dabei um die Frage, ob der in Art. 64 StGB/1937 aufgeführte Milderungsgrund der schweren Bedrängnis («*grave angustia*») sowie die verminderte Zurechnungsfähigkeit (Art. 11 StGB/1937) erneut im Rahmen der Kindstötung von Art. 116 StGB/1937 berücksichtigt werden könnten.²⁰³⁷ Dies wurde von der kantonalen Instanz verneint, da Art. 116 bereits alle pathologischen Ursachen berücksichtige, die sich bei der Frau einstellen könnten, weshalb weder der Milderungsgrund der schweren Bedrängnis noch derjenige der verminderten Zurechnungsfähigkeit erneut zur Anwendung kämen.²⁰³⁸

Das Zürcher Obergericht befasste sich nur wenig später in einem Entscheid aus dem Jahr 1944 ebenfalls mit der der doppelten Verwertung von Qualifizierungsmerkmalen, wobei es das Doppelverwertungsverbot mit Verweis auf die Generalprävention begründete. So müsse die Generalprävention bei der Strafzumessung entfallen, wenn der Gesetzgeber «eine qualifizierte Tatbestandsvariante unter eine schwerere Strafe gestellt hat und wenn die Auszeichnung gerade in einem Umstand besteht, der generalpräventiv zu einer strengeren Ahndung führen würde».²⁰³⁹ So wäre es etwa nicht zulässig, die besondere Gefährlichkeit eines Diebes anzunehmen, «weil er das Delikt während der Verdunkelung verübt hat, und ihn dann darüber hinaus auch deswegen härter zu bestrafen, weil aus generalpräventiven Gründe Delikte, die unter Ausnützung der Verdunkelung begangen werden, im Interesse der Allgemeinheit streng zu bestrafen sind».²⁰⁴⁰

Entsprechend der zunehmenden Anzahl der beim Bundesgericht geltend gemachten Verletzungen des Doppelverwertungsverbots sahen sich auch die kantonalen Instanzen in den letzten Jahren einer zunehmenden Masse an Rügen ausgesetzt. Zwar erkannten sie vereinzelt auch auf eine Verletzung des Prinzips,²⁰⁴¹ in einem Grossteil der Fälle wurden jedoch die

2036 Vgl. vorne II.C.3.b.

2037 CAC TI, Urteil vom 29. Oktober 1942, Regeste abgedruckt in: Rep. 1943, 44.

2038 CAC TI, Urteil vom 29. Oktober 1942, Regeste abgedruckt in: Rep. 1943, 44 («*non posso giustificare né la concessione della circostanza attenuante dell'agire in stato di grave angustia [Art. 64 C.P.S.], né l'applicazione dell'art 11 C.P.S. sulla responsabilità scemata [...]*»); vgl. auch CAC TI, Urteil vom 20. Juni 1947, auszugsweise abgedruckt in: Rep. 1947, 389 ff.

2039 OGer ZH, Urteil vom 31. März 1944, auszugsweise abgedruckt in: ZR 1944, 149; dazu auch G. MAURER (1945), 40.

2040 OGer ZH, Urteil vom 31. März 1944, auszugsweise abgedruckt in: ZR 1944, 149.

2041 So etwa AppGer BS, Urteil SB.2019.86 vom 1. November 2022, E. 6.6.2; OGer ZH, Urteil SB150121 vom 20. Oktober 2015, E. 4.3.2.

vorinstanzlichen Urteile – soweit ersichtlich – durch die oberen Instanzen geschützt bzw. eine Verletzung des Doppelverwertungsverbots verneint.²⁰⁴²

5. Lehre

Was schliesslich die wissenschaftliche Rezeption des Doppelverwertungsverbots in der Schweiz anbelangt, so sah sich die Lehre mit der Problematik – jedoch noch nicht mit dem konkreten Begriff der Doppelverwertung von Strafzumessungsmerkmalen – bereits vor Inkrafttreten des Schweizerischen Strafgesetzbuchs konfrontiert. Die Thematik wurde auch hier – wie bei der zuvor erwähnten Rechtsprechung des Kantons Tessin²⁰⁴³ – insb. beim Tatbestand der Kindstötung diskutiert. Die damals h.L. stellte sich ebenso wie die Mehrheit der Expertenkommission²⁰⁴⁴ auf den Standpunkt, dass die «schwere Bedrängnis» [als Milderungsgrund in Art. 64] wohl im Art. 116 schon mitberücksichtigt [ist].²⁰⁴⁵ Dies gelte auch für den Milderungsgrund der achtenswerten Beweggründe, der eine wesentliche Komponente der milderen Verbrechen auszeichnung sei und damit ebenfalls zum Tatbestand der Kindstötung gehöre.²⁰⁴⁶ Eine doppelte Strafmilderung wegen dieser beiden «Momente» sei daher ungerechtfertigt.²⁰⁴⁷ OSCAR GERMANN widersprach dem insoweit, als wenn das Motiv für die Tötung unklar sei, «[...]die <achtenswerten Beweggründe> [...] als mildernde Umstände (64) für eine weitere Herabsetzung der Strafe berücksichtigt werden» dürften.²⁰⁴⁸ Auch weitere Stimmen aus der Lehre sprachen sich dafür aus, dass Milderungsgründe aus Art. 64 StGB/1937 im Einzelfalle (zusätzlich) zu erwägen seien, sofern sie nicht bereits durch Art. 116 Berücksichtigung gefunden hätten.²⁰⁴⁹ Zur gleichzeitigen Anwendung des Milderungsgrunds der *verminderten Zurechnungsfähigkeit* nach

2042 Vgl. etwa AppGer BS, Urteil SB.2019.115 vom 30. September 2021, E. 4.3; SB.2017.123 vom 17. Mai 2018 E. 3.4.1; SB.2016.128 vom 6. Februar 2018, E. 4.3.1; SB.2016.96 vom 20. Oktober 2017, E. 6.1; SB.2013.63 vom 21. Februar 2014, E. 3.2; AS-2006/383 vom 12. September 2007, E. 5.1; KGer BL, Urteil 460 15 99 vom 29. September 2015, E. 5.d; OGer BL, Urteil vom 7. April 1992, E. 4.1; KGer SZ, Urteil SK 2006 20 vom 29. November 2006, E. III.1.b, auszugsweise abgedruckt in: EGV-SZ 2006, S. 81; OGer ZH, Urteil SB210015 vom 19. Oktober 2021, E. 3.2.1.

2043 CAC TI, Urteil vom 29. Oktober 1942, Regeste abgedruckt in: Rep. 1943, 44, vgl. vorne II.C.4.c.

2044 Vgl. vorne II.C.3.b.

2045 THORMANN/VON OVERBECK (1941), Art. 116 N 13; so auch schon BRÄNDLI (1920), 99; vgl. auch BOLLA, Rep. 1943, 44 f.; G. MAURER (1945), 40.

2046 BRÄNDLI (1920), 99.

2047 BRÄNDLI (1920), 99.

2048 O. A. GERMANN (1942), Art. 116 N 4.

2049 HAFTER (1937), 21; PETRILKA (1942), 127.

Art. 11 StGB/1937 bei der Kindstötung äusserte sich ADOLF BRÄNDLI in seiner Dissertation aus dem Jahre 1920. Er hielt fest, dass auch dieser Milderungsgrund nicht mehr anwendbar sei, «da der Gesetzgeber den besonderen Geisteszustand der Täterin zur Zeit des Geburtsaktes im Strafmilderungsgrund schon berücksichtigt habe».²⁰⁵⁰ ERNST HAFTER ergänzte dies dahingehend, dass der Milderungsgrund der verminderten Zurechnungsfähigkeit nur dann nicht angewendet werden könne, wenn Letztere lediglich damit begründet werde, dass die Mutter unter dem Einfluss des Geburtsaktes getötet habe.²⁰⁵¹ Lügen andere Gründe für die verminderte Zurechnungsfähigkeit vor, stehe einer Berücksichtigung nichts entgegen.²⁰⁵² Auch WERNER PETRZILKA statuierte in seinen Zürcher Erläuterungen zum Strafgesetzbuch aus dem Jahre 1942, dass Art. 116 StGB/1937 eine Anwendung von Art. 11 StGB/1937 nicht grundsätzlich ausschliesse. Es seien Fälle denkbar, wo eine verminderte Zurechnungsfähigkeit noch aus anderen als den in Art. 116 StGB/1937 bereits berücksichtigten Gründen angenommen werden könnte.²⁰⁵³

Neben der schweren Bedrängnis im Rahmen der Kindstötung wurde das Verbot der doppelten Verwertung von Tatbestandsmerkmalen des Weiteren für die dem Totschlag in Art. 113 StGB/1937 immanente *entschuld bare heftige Gemütsbewegung* diskutiert.²⁰⁵⁴ Zwar sei diese auch ein Strafmilderungsgrund des Art. 64 StGB/1937, könne jedoch auch hier nicht zu einer weiteren Strafmilderung führen, da ansonsten «der gleiche mildernde Umstand zweimal berücksichtigt [würde]».²⁰⁵⁵ Ein Teil der Lehre befasste sich überdies mit der Frage der gleichzeitigen Anwendbarkeit des Totschlags und des Milderungsgrundes der verminderten Zurechnungsfähigkeit.²⁰⁵⁶

Ausführlichere Bemerkungen zur doppelten Verwertung von Strafzumessungsumständen stammen von HANS DUBS in seinem Aufsatz zur analytischen Bewertung als Grundlage richterlicher Strafzumessung aus dem Jahre 1963.²⁰⁵⁷ Darin äusserte er sich zur Frage, ob die Berücksichtigung be- oder

2050 BRÄNDLI (1920), 98 f.

2051 HAFTER (1937), 21.

2052 HAFTER (1937), 21.

2053 PETRZILKA (1942), 127.

2054 THORMANN / VON OVERBECK (1941), Art. 113 N 10 («[...] sonst gelangt man zu einer doppelten Berücksichtigung des gleichen Umstandes»).

2055 So bereits SCHWANDER¹, Rz. 510; THORMANN / VON OVERBECK (1941), Art. 113 N 10; s. a. DIEZ (1944), 131; PETRZILKA spricht nicht von einer doppelten Berücksichtigung, sondern einer Konsumation: «[...] bei Vorliegen besonderer mildernder Umstände im Sinne von Art. 64 StGB, soweit diese nicht durch die Tatbestandsmomente von Art. 113 StGB konsumiert werden [...]» (1942), 123).

2056 J. GRAVEN, ZStrR 1960, 142 ff.; HAFTER (1937), 18; PETRZILKA (1942), 123.

2057 DUBS, in: FG SJ, 14 f.

entlastender Beweggründe, die bereits bei der Subsumtion des Sachverhalts unter die Tatbestandsmerkmale ausschlaggebend gewesen sei, bei der Strafzumessung erlaubt seien. Er verneinte dies ebenfalls unter Hinweis auf den Tatbestand des Totschlags gem. Art. 113 StGB/1937. So seien jene Umstände, die zur Annahme einer entschuldbaren heftigen Gemütsbewegung und damit zur Subsumtion unter den privilegierten Tatbestand führten, nicht nochmals als entlastende Beweggründe im Rahmen der Strafzumessung zu berücksichtigen. Dieser Umstand sei durch die privilegierende Subsumtion schon verbraucht.²⁰⁵⁸ Diese Überlegung gelte auch im umgekehrten Sinne. So könnten die egoistischen Motive des Tatbestands der Verleitung oder Beihilfe zum Selbstmord gem. Art. 115 StGB/1937 bei der Strafzumessung nicht erneut als strafehöhender Umstand gewichtet werden.²⁰⁵⁹ Ebenfalls zum Totschlag und der allfälligen gleichzeitigen Anwendung von Strafmilderungsgründen äusserte sich HANS WALDER in einem Beitrag aus dem Jahre 1979.²⁰⁶⁰ Er führte darin aus, dass Strafmilderungsgründe gem. Art. 64 StGB/1937 insoweit berücksichtigt werden könnten, als die mildernde Situation nicht bereits zur Entschuldbarkeit des Affekts herangezogen worden sei. Sei so ein Affekt in (unverschuldeter) Drucksituation entstanden und erscheine er deshalb nach Art. 113 StGB/1937 als entschuldigbar, so habe der Milderungsgrund der «schweren Bedrängnis» nach Art. 64 Abs. 2 StGB/1937 unberücksichtigt zu bleiben.²⁰⁶¹

Abgesehen von solchen Diskussionen einzelner Tatbestände hat allerdings keine grundlegende wissenschaftliche Rezeption der Thematik des Doppelverwertungsverbots bei der Strafzumessung stattgefunden. EMANUEL DIEZ erwähnte in seiner Dissertation aus dem Jahre 1944 zwar, dass «der gleiche Strafzumessungsgrund [nie] doppelte Berücksichtigung finden [darf]», enthielt sich jedoch weiterer Ausführungen dazu.²⁰⁶² Auch MAX HUTH äusserte sich in einem Aufsatz aus dem Jahre 1942 lediglich dahingehend, dass «[...] bei Festsetzung des Strafmasses nicht ein Umstand erneut berücksichtigt werden [darf], der schon Tatbestandsmerkmal ist».²⁰⁶³

Als eine der ersten in der Lehre – und noch vor dem ersten sich dazu äussernden bundesgerichtlichen Urteil – hat MONIQUE GISEL-BUGNION den Begriff des Doppelverwertungsverbots explizit in ihrer Arbeit aus dem Jahre

2058 DUBS, in: FG SJ, 14.

2059 DUBS, in: FG SJ, 14.

2060 WALDER, ZStrR 1979, 166.

2061 WALDER, ZStrR 1979, 166.

2062 DIEZ (1944), 124, 131.

2063 HUTH, ZStrR 1942, 96, mit dem Beispiel der Strafmilderung bei Sachentziehung mangels Bereicherungsabsicht.

1978 erwähnt: «En plus de tous les risques d'erreur évoqués ci-dessus, il est encore un écueil dans lequel le juge devra se garder de tomber, celui de la double prise en compte (Doppelverwertung), à des titres divers, de la même circonstance, atténuante ou aggravante.»²⁰⁶⁴ Dabei brachte sie vor, dass das Prinzip einhellig anerkannt sei.²⁰⁶⁵ Zur Belegung dieser Aussage verwies sie auf die deutsche Gesetzesnorm von § 46 Abs. 3 StGB/D sowie die deutsche Lehre.²⁰⁶⁶ Ebenso ging sie auf die in Deutschland diskutierte Frage der Reichweite des Doppelverwertungsverbots ein.²⁰⁶⁷ Die Arbeit lässt jedoch eine tiefgründigere Auseinandersetzung vermissen, inwiefern das Prinzip auch in der Schweiz Geltung beanspruchen kann und wie sich dessen Reichweite bei der Strafzumessung nach dem Schweizerischen Strafgesetzbuch präsentiert.

Der Begriff des Doppelverwertungsverbots tauchte auch in der Kommentierung des Besonderen Teils des Strafgesetzbuchs von MARTIN SCHUBARTH auf. Wie auch der Grossteil der zuvor erwähnten Quellen begnügte er sich aber damit, das Prinzip nur in Bezug auf einzelne Tatbestände in Verbindung mit bestimmten allgemeinen Milderungsgründen zu behandeln. So wies er etwa bei Art. 113 StGB/1937 explizit darauf hin, dass das Doppelverwertungsverbot zu beachten sei.²⁰⁶⁸ Die verminderte Zurechnungsfähigkeit könne neben Art. 113 StGB/1937 so nur insoweit zum Zuge kommen, als sich die Verminderung auf andere Gründe stütze als diejenigen, welche schon der Privilegierung des Totschlags zugrunde lägen; dasselbe gelte für die allgemeinen Strafmilderungsgründe von Art. 64 StGB/1937.²⁰⁶⁹ Aufgrund des Doppelverwertungsverbots könnten des Weiteren Strafmilderungsgründe neben der Privilegierung der Kindstötung nur insoweit berücksichtigt werden, wie sie nicht bereits in Art. 116 StGB/1937 enthalten seien.²⁰⁷⁰ So sei eine verminderte Zurechnungsfähigkeit aufgrund des Geburtsvorgangs selbst schon durch Art. 116 StGB/1937 berücksichtigt, nicht jedoch eine solche, die auf andere Gründe wie etwa Debitilität oder Drogen zurückzuführen sei.²⁰⁷¹ Auch der allgemeine Milderungsgrund der schweren Bedrängnis dürfte schon durch die Regelung der Kindstötung berücksichtigt sein. Achtenswerte Beweggründe könnten neben Art. 116 StGB/1937 dann infrage kommen, wenn sie ausserhalb der bereits von

2064 GISEL-BUGNION (1978), 73.

2065 GISEL-BUGNION (1978), 74 («*unanimement acceptée*»).

2066 GISEL-BUGNION (1978), 74 Fn. 7.

2067 GISEL-BUGNION (1978), 78 («*La doctrine allemande est divisée sur la portée de l'interdiction de la double prise en considération de la même circonstance [...]*»).

2068 SCHUBARTH (1982), Art. 113 N 23.

2069 SCHUBARTH (1982), Art. 113 N 24 f.

2070 SCHUBARTH (1982), Art. 116 N 21.

2071 SCHUBARTH (1982), Art. 116 N 22.

der Privilegierung erfassten Gründe lägen, etwa bei der Tötung eines missgestalteten Kindes mit dem Ziel, diesem ein leidvolles Leben zu ersparen.²⁰⁷²

Ein weiterer (kurzer) Beitrag zum Doppelverwertungsverbot findet sich in der Dissertation von GABI HAUSER aus dem Jahre 1985 zur Thematik der Verknüpfungproblematik in der Strafzumessung.²⁰⁷³ Auch sie nahm bei ihren kursorischen Ausführungen hauptsächlich Bezug auf die deutsche Lehre sowie auf die Erwägungen von GISEL-BUGNION.²⁰⁷⁴ Mit GÜNTER STRATENWERTH äusserte sich ein wissenschaftliches Schwergewicht zum Doppelverwertungsverbot im schweizerischen Kontext, soweit ersichtlich, erstmals in seinem Standardwerk zum Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuchs aus dem Jahre 1989. Dort findet man seine Überlegungen zu diesem Prinzip im Zusammenhang mit Umständen, die zur Anwendung eines veränderten Strafrahmens führen. Diese dürften nicht noch einmal dazu dienen, innerhalb dieses Rahmens eine besonders hohe oder milde Strafe festzusetzen. Ansonsten werde dem Täter ein und derselbe Umstand zweimal zur Last gelegt bzw. zugutegehalten.²⁰⁷⁵ STRATENWERTH verwies bei seinen Ausführungen ebenfalls auf die deutsche Lehre, insb. auf das Werk «Das Recht der Strafzumessung» von HANS-JÜRGEN BRUNS.²⁰⁷⁶ Ungeklärt seien gemäss STRATENWERTH weiterhin die Fragen, welche sonstigen die Art und Weise der Tatbegehung auszeichnenden Momente bei der Strafzumessung ins Gewicht fallen könnten und wie sie zu gewichten seien.²⁰⁷⁷

Ebenfalls im Jahre 1989 erschien die erste Auflage des Kurzkomentars zum Strafgesetzbuch von STEFAN TRECHSEL. Er führte dort aus, dass Qualifikations- und Privilegierungsgründe des Besonderen Teils, die zu einem veränderten Strafrahmen führten, nicht ein zweites Mal als Strafänderungsgründe berücksichtigt werden dürften. Er brachte dabei die Beispiele der «ganze[n] Mitwirkung in dieser Gesellschaft», wenn bandenmässiger Diebstahl angenommen worden sei, sowie der Verminderung der Zurechnungsfähigkeit durch den Geburtsvorgang bei der Kindstötung.²⁰⁷⁸ Des Weiteren finden sich Ausführungen zum Verbot der Doppelverwertung auch bei ihm im Rahmen der Kommentierung der Tötungsdelikte: So wird beim Totschlag gem. Art. 113 StGB ausgeführt, dass die Frage der verminderten Zurechnungsfähigkeit gem. Art. 11 StGB/1937 nicht ein zweites Mal berücksichtigt werden dürfe, soweit der Affekt diese

2072 SCHUBARTH (1982), Art. 116 N 24 f.

2073 HAUSER (1985), 70 f.

2074 HAUSER (1985), 71 Fn. 119 ff.

2075 STRATENWERTH AT II¹, § 7 N 21 («Die Doppelverwertung von Tatbestandsmerkmalen muss als unzulässig gelten [...]»).

2076 STRATENWERTH AT II¹, § 7 N 21.

2077 STRATENWERTH AT II¹, § 7 N 22.

2078 StGB KK¹, Art. 63 N 17.

Beeinträchtigung bewirkt habe. Sodann könnten auch Umstände, die in Art. 64 StGB/1937 als Strafmilderungsgründe aufgeführt würden, nicht ein zweites Mal als Strafmilderungsgrund in Anspruch genommen werden, wenn sie bereits als Entschuldigungsgründe für den Affekt angerufen worden seien.²⁰⁷⁹

Auch in der neueren Lehre finden sich zwar bei einigen Autoren vereinzelte Absätze zu diesem Prinzip,²⁰⁸⁰ diese lassen jedoch ebenfalls eine profundere Auseinandersetzung vermissen, wobei sie die Thematik – neben allgemeinen Ausführungen im Rahmen von Art. 47 StGB – insb. bei den besonderen Bestimmungen von Art. 112, Art. 113 sowie Art. 116 StGB behandeln.²⁰⁸¹ Damit lässt sich konstatieren, dass in der schweizerischen Lehre – trotz zuletzt zahlreicher Erwähnungen – bislang Beiträge oder Aufsätze fehlen, die sich ausschliesslich mit der Thematik des Doppelverwertungsverbots auseinandersetzen.²⁰⁸² Auch eine der aktuelleren Abhandlungen, die Dissertation von GIAN EGE, die sich teilweise dem Doppelverwertungsverbot widmet, thematisiert dieses ausschliesslich im Zusammenhang mit der Frage, inwiefern neben einem entschuldbaren Affekt weitere Strafmilderungsgründe im Rahmen der Strafzumessung beachtet werden können bzw. dürfen. Behandelt wird das Doppelverwertungsverbot auch bei EGE mithin im Zusammenhang mit den Tatbeständen des Totschlags sowie der Kindstötung.²⁰⁸³

6. Zwischenfazit

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die Problematik der doppelten Verwertung von Strafzumessungstatsachen bereits Mitte des 19. Jahrhunderts vor der Ausarbeitung eines Schweizerischen Strafgesetzbuchs in ein paar wenigen Kantonen erkannt und in den jeweiligen Strafgesetzbüchern eine diesbezügliche Bestimmung implementiert wurde (Art. 63 StGB/VD; Art. 67 StGB/FR;

2079 StGB KK¹, Art. 113 N 15.

2080 Vgl. etwa ARZT, recht 1994, Rz. 59 ff.; CORBOZ (2002), Art. 113 N 29; FIOLOKA, ZStrR 2007, 136 f.; GETH⁷, Rz. 613; GISEL-BUGNION, 73 ff.; OFK StGB²¹-HEIMGARTNER, Art. 47 N 23; HURTADO POZO (2008), Rz. 1537; KUHN, RJJ 2006, 240; MATHYS², Rz. 31 f., 86 f.; CR CP I²-QUELOZ/MANTELLI-RODRIGUEZ, Art. 47 N 2; AK StGB-SIMMLER/SELMAN, Art. 47 N 9; STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 22; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER BT I⁷, § 2 N 33; StGB PK⁴-TRECHSEL/M. SEELMANN, Art. 47 N 34; WIPRÄCHTIGER, ZStrR 1996, 450 f.; DERS., ZStrR 1993, 180; BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER Art. 47 N 102 ff.; HK StGB⁴-WOHLERS, Art. 47 N 9.

2081 Vgl. etwa AK StGB-EGE, Art. 116 N 7; OFK StGB²¹-HEIMGARTNER, Art. 113 N 7 f.; PC CP², Art. 47 N 24, Art. 112 N 27, Art. 113 N 26 f., Art. 116 N 14 f.; BSK StGB I⁴-SCHWARZENEGGER, Art. 112 N 31, Art. 113 N 23 f.; BSK StGB I⁴-SCHWARZENEGGER/GURT, Art. 116 N 9; StGB PK⁴-TRECHSEL/GETH, Art. 113 N 17, Art. 116 N 6.

2082 Abgesehen von M. SEELMANN, ex/ante 1/2018, 46 ff.

2083 EGE (2017), 270 ff.

Art. 88 E-StGB/NE). Auch in den Beratungen zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch wurde diese Thematik aufgegriffen und eine entsprechende Normierung für den Fall des Zusammentreffens von bestimmten Strafmilderungsgründen ab dem Vorentwurf von 1894 in den Gesetzesentwurf aufgenommen. Diese Bestimmung war jedoch im Vorentwurf des Allgemeinen Teils vom August 1917 nicht mehr enthalten, wobei den Materialien nicht entnommen werden kann, was zu deren Streichung führte. So findet sich mithin auch im geltenden Strafgesetzbuch – im Gegensatz zum deutschen und österreichischen Recht – kein Verbot der doppelten Verwertung von Strafzumessungsumständen.

Was die Lehre und Praxis im Zeitraum nach Inkrafttreten des Schweizerischen Strafgesetzbuchs anbelangt, so konnte aufgezeigt werden, dass das Doppelverwertungsverbot bereits früh in der kantonalen und bundesgerichtlichen Rechtsprechung thematisiert wurde. Nichtsdestotrotz fand keine profundere Erörterung dieses Strafzumessungsprinzips statt. Das Fehlen vertiefter, insb. kantonaler, gerichtlicher Erwägungen zu dieser Thematik liegt wohl hauptsächlich darin begründet, dass bislang auch keine weitergehende wissenschaftliche Bearbeitung des Prinzips in der schweizerischen Lehre vorgenommen wurde. Wie aufgezeigt werden konnte, findet das Doppelverwertungsverbot zwar insb. in den letzten Jahren im Schrifttum vermehrt Erwähnung, jedoch handelt es sich dabei weniger um eine immer eingehendere dogmatische Auseinandersetzung, als vielmehr um eine reine Wiederholung der allgemeinen bundesgerichtlichen Erwägungen hierzu sowie eine Konzentration auf einige wenige Beispielfälle. Die grundlegenden Fragen und Problempunkte haben jedoch bislang keine – oder eine nur unzureichende – Würdigung erfahren. Dies hat quasi eine zirkuläre Perpetuierung des *Status quo* bewirkt, da wohl nicht zuletzt die fehlenden dogmatischen Grundlagen wiederum dazu geführt haben, dass auch das Bundesgericht bislang davon Abstand genommen hat, Spezifizierungen des Verbots vorzunehmen. Entsprechend wurde von der schweizerischen Lehre und Praxis bis heute ein in nur engem Umfang abgesteckter Anwendungsrahmen des Doppelverwertungsverbots geschaffen resp. aufgezeigt.

D. Geltungsgründe

Von weitaus elementarerer Bedeutung als der Umfang resp. die Reichweite des Doppelverwertungsverbots, auf die ebenfalls noch detailliert einzugehen sein wird,²⁰⁸⁴ ist zunächst dessen Geltungsgrund. Da es nämlich in der

2084 Siehe hinten II.F.

Schweiz – im Gegensatz zu Deutschland oder Österreich – an einer expliziten gesetzlichen Regelung dieses Prinzips fehlt,²⁰⁸⁵ stellt sich die Frage, ob sich das Verbot der doppelten Verwertung von Strafzumessungsumständen auf ein allgemeines (strafrechtliches) Prinzip abstützen kann, da es ansonsten keine Anwendungsgrundlage vorweisen könnte. Dieser Thematik ist in der schweizerischen Lehre und Rechtsprechung – soweit ersichtlich – noch nicht nachgegangen worden.²⁰⁸⁶ Sofern das Doppelverwertungsverbot im Schrifttum angesprochen wird, nehmen die meisten Autoren dessen Geltung für die schweizerische Strafzumessung relativ unbekümmert an,²⁰⁸⁷ obwohl sogar darauf hingewiesen wird, dass dieses Prinzip im schweizerischen Recht nicht gesetzlich geregelt ist.²⁰⁸⁸ Etwas zurückhaltender sind die Ausführungen von GÜNTER STRATENWERTH und WOLFGANG WOHLERS, die festhalten, dass «die Doppelverwertung von Tatmerkmalen [...] als unzulässig gelten [muss]».²⁰⁸⁹ Auch das Bundesgericht muss offenbar von einem allgemeinen Geltungsgrund ausgehen, wenn es das Verbot ohne konkrete gesetzliche Grundlage für anwendbar erklärt. Das Bundesgericht ist dabei nicht das erste höchstrichterliche Gericht, das diese Annahme trifft, setzte doch schon das deutsche Reichsgericht das Verbot zu Beginn des 20. Jahrhunderts – und damit ebenfalls vor Bestehen einer gesetzlichen Grundlage – als geltend voraus.²⁰⁹⁰

Der Umstand, dass die Frage nach dem Geltungsgrund des Doppelverwertungsverbots keine tiefere Resonanz erfahren hat, mag damit zusammenhängen, dass das Verbot auf den ersten Blick als ein selbstverständliches Prinzip erscheint.²⁰⁹¹ So wurde das Verbot in der deutschen Lehre – wie bereits erwähnt – auch schon als «eine strafrechtliche Binsenwahrheit und ein Grundsatz, gegen den zu verstossen als grober Schnitzer gilt», bezeichnet.²⁰⁹² Die

2085 Siehe vorne II.C.1.

2086 Vgl. M. SEELMANN, ex/ante 1/2018, 48.

2087 Vgl. etwa BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER Art. 47 N 102 («Die eben erwähnten Grundsätze finden aber in ähnlicher Weise Anwendung [...]»); vgl. etwa auch CORBOZ (2002), Art. 113 N 29; GISEL-BUGNION (1978), 73 f.; AK StGB-SIMMLER/SELMAN, Art. 47 N 9.

2088 AK StGB-SIMMLER/SELMAN, Art. 47 N 9 («Das Doppelverwertungsverbot ist nicht gesetzlich geregelt, wird in der Rechtsprechung aber berücksichtigt [...]»); BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER Art. 47 N 102 («Im schweizerischen Recht ist das Doppelverwertungsverbot nicht gesetzlich geregelt»).

2089 STRATENWERTH/WOHLERS³, Art. 47 N 6 (entschiedener nun die Neuauflage, s. HK StGB⁴-WOHLERS, Art. 47 N 9); s. a. STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 22.

2090 Urteil des Reichsgerichts in Strafsachen vom 20. Oktober 1908, GA 1909, 73; Urteil des Reichsgerichts in Strafsachen vom 12. Oktober 1923, RGSt 57, 379; Urteil des Reichsgerichts in Strafsachen vom 17. November 1925, RGSt 59, 426; vgl. auch EL-GHAZI, JZ 2014, 180; vgl. auch vorne II.B.1.a.

2091 EL-GHAZI, JZ 2014, 180.

2092 DREHER, JZ 1957, 155; vgl. sogleich eingehend II.D.2.

Aussage, dass Umstände, die der Gesetzgeber bereits als Begriffsmerkmale innerhalb des jeweiligen Strafrahmens resp. für eine Tatbestandsqualifizierung oder -privilegierung berücksichtigt hat, im Einzelfall nicht nochmals zur Begründung der konkreten Strafhöhe herangezogen werden dürfen, wird so zwar mantraartig von allen Seiten wiederholt, über deren Begründetheit besteht aber noch weitgehend Unklarheit.²⁰⁹³ Auch in Deutschland und Österreich, wo mit § 46 Abs. 3 StGB/D bzw. § 32 Abs. 2 StGB/Ö zwar jeweils eine gesetzliche Grundlage besteht, ist im wissenschaftlichen Diskurs noch einiges ungeklärt; auch dort besteht weder über einen allgemeinen Geltungsgrund noch über die Reichweite des Doppelverwertungsverbots Einigkeit.²⁰⁹⁴

Nachfolgend gilt es daher zu prüfen, ob das Doppelverwertungsverbot unabhängig von einer gesetzlichen Regelung gestützt auf ein allgemeines Prinzip des (Straf-)Rechts Geltung beanspruchen kann. Denn nur so ist es in einem weiteren Schritt möglich, auch den Geltungsbereich des Verbots konkret abzustecken und selbst zweifelhafte Grenzfälle zufriedenstellend einzuordnen.²⁰⁹⁵ In der Lehre und Rechtsprechung wurden bislang unterschiedlichste Theorien für den Geltungsgrund des Verbots aufgeworfen. Einige davon sollen hiernach eingehender untersucht und entweder verworfen oder bestätigt werden: Es handelt sich hierbei um das Prinzip *ne bis in idem* (1.), das Doppelverwertungsverbot als selbständiges «logisches» Prinzip (2.), die materiell-rechtliche Begründungspflicht des Gerichts (3.), den Gewaltenteilungsgrundsatz (4.) sowie das Schuldprinzip (5.). Der Umstand, dass sich die Frage des Geltungsgrundes des Doppelverwertungsverbots auch in Deutschland und Österreich gestellt hat resp. nach wie vor stellt, ermöglicht es, im Rahmen der nachfolgenden Untersuchung der Thematik auch auf die dortige umfangreiche Lehre und Rechtsprechung zurückzugreifen.

1. Ne bis in idem

a. Lehre

Ein in der älteren Lehre vorgebrachter Geltungsgrund des Doppelverwertungsverbots ist der Grundsatz *ne bis in idem*.²⁰⁹⁶ Dieser besagt, dass wegen derselben Sache keine doppelte Strafverfolgung bzw. keine doppelte Bestrafung

2093 Das OLG Köln sprach in einem Entscheid vom 9. Januar 1951 (abgedruckt in: NJW 1953, 275) von einem «altüberkommenen, aber niemals ernsthaft nachgeprüften Grundsatz [...]».

2094 BGH, Urteil 1 StR 62/90 vom 14. August 1990; GSSt 1/86 vom 10. April 1987; AHLERS-GRZIBEK (2003), 76 ff.; FANDRICH (2010), 19 ff.; VON HEINTSCHEL-HEINEGG, in: FS Streng, 229, 230; WILCKEN (2004), 22 ff.; ZAGLER, AnwBl 1976, 481 ff.; ZIPF (1969), 96 ff.

2095 Vgl. VON HEINTSCHEL-HEINEGG, in: FS Streng, 230.

2096 S. etwa A. BRANDT, JW 1925, 2270; A. KÖHLER (1900), 60; MONTENBRUCK (1983), 181; SCHLEUTKER (1961), 51; m.w.H. FANDRICH (2010), 23.

erfolgen darf.²⁰⁹⁷ In der Schweiz findet sich dessen gesetzliche Verankerung in Art. 11 StPO unter der Marginalie «Verbot der doppelten Strafverfolgung». Abs. 1 hält fest, dass «wer in der Schweiz rechtskräftig verurteilt oder freigesprochen worden ist, [...] wegen der gleichen Straftat nicht erneut verfolgt werden [darf]». Überdies ist das Prinzip auch im übergeordneten Recht in Art. 4 des siebten Zusatzprotokolls zur EMRK²⁰⁹⁸ sowie in Art. 14 Abs. 7 IPBPR²⁰⁹⁹ verankert. Dieser Grundsatz der Sperrwirkung der abgeurteilten Sache ist im Zusammenhang mit dem Institut der materiellen Rechtskraft zu sehen.²¹⁰⁰ Dieses besagt, dass der (gerichtliche) Sachentscheid im Hinblick auf allfällige weitere Deliktswürfe in derselben Sache für allfällige spätere Verfahren verbindlich ist.²¹⁰¹ Gegen eine Person, die materiell rechtskräftig verurteilt (oder freigesprochen) wurde, darf daher wegen der gleichen Tat nicht nochmals ein Strafverfahren geführt werden.²¹⁰² Voraussetzung für diese Sperrwirkung sind die Identität der Person sowie die Identität der Tat.²¹⁰³

Stimmen in der Lehre führen nun an, dass der Grundsatz von *ne bis in idem* auch im Rahmen der Strafzumessung gelte.²¹⁰⁴ Dabei beziehen sich die Befürworter u.a. auf die – grundsätzlich Art. 11 StPO entsprechende – deutsche Bestimmung von Art. 103 Abs. 3 GG/D, gemäss der «[n]iemand [...] wegen derselben Tat auf Grund der allgemeinen Strafgesetze mehrmals bestraft werden [darf]». ²¹⁰⁵ So dürfe das Verhalten des Täters im gleichen Verfahren ebenso wenig doppelt verwertet werden, wie jemand aufgrund der gleichen Tat mehrfach bestraft werden könne.²¹⁰⁶ Das durch Art. 103 Abs. 3 GG/D aufgestellte Verbot der Durchbrechung der materiellen Rechtskraft stelle darüber hinaus auch

2097 BGE 118 IV 269, E. 2; 116 IV 262, E. 3; BGer, Urteil 6B_353/2016 vom 30. März 2017, E. 2.1; 6B_823/2014 vom 23. Januar 2015, E. 2.3.1; vgl. auch DONATSCH/SCHWARZENEGGER/WOHLERS², 267; STRATENWERTH AT I⁴, § 8 N 28; ZK StPO³-WOHLERS, Art. 11 N 2.

2098 «(1) Niemand darf wegen einer Straftat, wegen der er bereits nach dem Gesetz und dem Strafverfahrensrecht eines Staates rechtskräftig verurteilt oder freigesprochen worden ist, in einem Strafverfahren desselben Staates erneut verfolgt oder bestraft werden.»

2099 «(7) Niemand darf wegen einer strafbaren Handlung, wegen der er bereits nach dem Gesetz und dem Strafverfahrensrecht des jeweiligen Landes rechtskräftig verurteilt oder freigesprochen worden ist, erneut verfolgt oder bestraft werden.»

2100 BGE 122 I 257, E. 3; 118 IV 269, E. 2; DONATSCH/SCHWARZENEGGER/WOHLERS², 267; ZK StPO³-WOHLERS, Art. 11 N 11.

2101 DONATSCH/SCHWARZENEGGER/WOHLERS², 266.

2102 BGE 118 IV 269, E. 2; vgl. auch EGMR, Urteil i.S. Zolotukhin gegen Russland, 14939/03 vom 10. Februar 2009, Ziff. 107 ff.

2103 BGE 122 I 257, E. 3; 118 IV 269, E. 2; ZK StPO³-WOHLERS, Art. 11 N 13; vgl. zu dieser Problematik DONATSCH/SCHWARZENEGGER/WOHLERS², 267 ff.

2104 A. BRANDT, JW 1925, 2270.

2105 SCHLEUTKER (1961), 52.

2106 MATTIL, BayZRPf 1927, 134; vgl. auch EHRHARDT (1965), 82 f.

die Fixierung eines allgemein umschriebenen Rechtsgrundsatzes dar.²¹⁰⁷ Dieser Grundsatz müsse dahingehend formuliert werden, dass aus derselben Tatsache nicht zweimal zu(un)gunsten der betroffenen Person Folgen abgeleitet werden dürften. Durch Fortführung dieses Gedankengangs liesse sich auch das Verbot der Doppelverwertung von Strafzumessungstatsachen ableiten.²¹⁰⁸ Dadurch, dass eine Strafzumessungstatsache schon bei der Aufstellung des Straftatbestands verwertet worden sei, werde sie dem Täter bereits zur Last gelegt und wirke in diesem Sinne strafbegründend. Deshalb dürfe aus ihr nicht nochmals eine strafzumessungsrelevante Folge im Sinne einer Straferhöhung gezogen werden.²¹⁰⁹

b. Stellungnahme

Die Auffassung, das Prinzip *ne bis in idem* sei Geltungsgrund des Doppelverwertungsverbots, ist in der Lehre auf Kritik gestossen. Es wird zu Recht vorgebracht, dass der Rückgriff auf diesen Grundsatz unzulässigerweise erfolgt, da das Prinzip von *ne bis in idem* nur hinsichtlich der Frage der Rechtskraft eines Urteils Aussagekraft hat.²¹¹⁰ So soll *ne bis in idem* dem rechtskräftig freigesprochenen oder bestraften Täter Schutz vor einer erneuten Verfolgung und Bestrafung aufgrund derselben Tat gewähren, was jedoch keine Begründung dafür liefert, warum eine nochmalige (ungünstige) Verwertung eines Strafzumessungsmerkmals im Rahmen der konkreten Strafzumessung nicht vorgenommen werden darf.²¹¹¹ Der Grundsatz von *ne bis in idem* bedeutet «einzig», dass wegen der gleichen Tat, für die es zu einer rechtskräftigen Verurteilung oder einem rechtskräftigen Freispruch gekommen ist, weder ein neues Verfahren gegen die betroffene Person anhängig gemacht noch eine erneute Strafe ausgesprochen werden darf.²¹¹² Das Prinzip enthält jedoch keine Aussage darüber, dass die doppelte Verwertung von bestimmten Umständen im Rahmen der Strafzumessung verboten ist. Das Doppelverwertungsverbot greift bereits zu einem früheren Zeitpunkt als der Grundsatz von *ne bis in idem* ein, nämlich bevor das rechtskräftige Urteil ergeht, stellt die Strafzumessung – im Falle eines Schuldspruchs – doch selbst einen Teil des entsprechenden Entscheids dar. Und selbst wenn man den Grundsatz von *ne bis in idem* als

2107 SCHLEUTKER (1961), 52.

2108 SCHLEUTKER (1961), 52.

2109 SCHLEUTKER (1961), 52; ein Teil der Lehre, der das Prinzip von *ne bis in idem* als Geltungsgrund des Doppelverwertungsverbots propagiert, strengt diesen Vergleich v.a. im Zusammenhang mit der Gesetzeskonkurrenz an (so A. KÖHLER [1900], 60; MONTENBRUCK [1983], 181).

2110 BRUNS, in: FS Mayer, 356.

2111 EHRHARDT (1965), 83.

2112 Vgl. vorne II.D.1.a.

Geltungsgrund des Doppelverwertungsverbots heranziehen würde, stellte sich das Problem, dass *ne bis in idem* als Verbot der Doppelbestrafung nur für die Begründung des Verbots der doppelten Verwendung von *straf erhöhenden* Umständen denkbar wäre. Gleichermassen unzulässig ist jedoch, wie erwähnt, auch eine doppelte Verwertung von Umständen, die zu einer *Strafminderung* führen würden.²¹¹³ Wie nun die doppelte Verwertung von *strafmindernden* Umständen durch *ne bis in idem* begründet werden soll, wird durch die dieses Prinzip vertretenden Lehrmeinungen wohlweislich übergangen. Der Grundsatz von *ne bis in idem* kann somit als Geltungsgrund des Doppelverwertungsverbots ausgeschlossen werden.

2. Selbständiges logisches Prinzip

a. Lehre

Ein weiterer Teil der Lehre führt den Geltungsgrund des Doppelverwertungsverbots, wie erwähnt, schlicht auf ein logisches Prinzip zurück.²¹¹⁴ Das sich mit der Strafzumessung befassende Gericht habe zur Aufgabe, die Vorgaben des Gesetzgebers im Rahmen der Einzelfallbetrachtung auszufüllen und zu konkretisieren. Zu dieser Konkretisierung der gesetzlichen Vorgaben taue die Heranziehung derselben jedoch nicht, sondern nur ihrer Ausprägungsgrade und Modalitäten.²¹¹⁵ Dass ein Merkmal, das an jeder Stelle der allgemeinen Vorgaben durch den Gesetzgeber vorausgesetzt sei, keinen Beitrag zur Findung des konkreten Ergebnisses im Sinne der genauen Strafhöhe leisten könne, ergebe sich bereits aus Gründen der *Logik*.²¹¹⁶ Es sei eine Banalität und reine Selbstverständlichkeit, dass innerhalb einer einem bestimmten Strafraumen unterstellten «Klasse» von Straftaten ein gemeinsames klassenbildendes Merkmal nicht zur Differenzierung innerhalb der Klasse und damit der Findung der konkreten Strafhöhe dienen könne.²¹¹⁷ Das Verbot gelte so – unabhängig von

2113 Vgl. vorne II.A.

2114 BERGMANN (1988), 23 («*Normtheoretischer Hintergrund [...] scheinen [...] die Gesetze der Logik zu sein [...]*»); BLOY, ZStW 1995, 579 Fn. 12; DREHER, JZ 1957, 155 («*Dass man Merkmale des Tatbestandes bei der Strafzumessung nicht verwerten darf, ist eine strafrechtliche Binsenwahrheit und ein Grundsatz, gegen den zu verstossen als grober Schnitzer gilt [...]*»); SK StGB II⁹-HORN/WOLTERS, § 46 N 185 («*Abs. 3 beschreibt ein schlichtes logisches Prinzip [...]*»); JESCHECK/WEIGEND⁵, 901; MK⁴-MAIER, § 46 N 530 («*Abs. 3 enthält ein logisches Prinzip [...]*»); THEUNE, StV 1985, 205 («*In dieser Vorschrift [§ 46 Abs. 3 StGB] wird eine Selbstverständlichkeit ausgesprochen [...]*»); vgl. auch BUNZ, Jura 2011, 16; DREHER, JZ 1968, 213.

2115 BERGMANN (1988), 23.

2116 BERGMANN (1988), 23; SK StGB II⁹-HORN/WOLTERS, § 46 N 185; MK⁴-MAIER, § 46 N 530.

2117 BERGMANN (1988), 23; THEUNE, StV 1985, 205; so wohl auch KUDLICH, NSTZ 2019, 264 («*[...] eigentlich relativ klar und auch intuitiv einsichtig [...]*»); SCHMIDHÄUSER² (1975),

anderen Grundsätzen, wie etwa der Gewalten- und Arbeitsteilung von Gesetzgeber und Richter²¹¹⁸ – überall dort, wo die Gefahr bestehe, dass allgemeine Vorgaben «entgegen der Logik» zur Konkretisierung eines Einzelfalles herangezogen würden.²¹¹⁹

b. Stellungnahme

Der erwähnte Teil der Lehre scheint mit ihren Ausführungen darlegen zu wollen, dass der Geltung des Doppelverwertungsverbots kein allgemeines (straf-)rechtliches Prinzip zugrunde liegt, sondern sich dessen Geltung aus den Gründen der Logik quasi aus sich selbst heraus ergibt. Bei einer ersten Betrachtung mag das Verbot, einen Umstand, der für alle einem Strafraum inhärenten Fälle gleichermaßen zutrifft, nicht zur Differenzierung innerhalb eines solchen verwenden zu können, als rein logisch erscheinen. Um nun zu überprüfen, ob dieser «Geltungsgrund» zutreffend ist, gilt es, sich zunächst klarzumachen, was unter einer Herleitung des Doppelverwertungsverbots aus den «Gesetzen der Logik» überhaupt zu verstehen ist. Denn – wie der Ausdruck «Gesetze der Logik» schon sagt – auch die «logische Herleitung» unterliegt selbst Regeln: So ist Voraussetzung für die Anwendbarkeit einer «juristischen Logik» im Sinne der modernen formalen Logik das Vorliegen von sog. *Prämissen*.²¹²⁰ Durch die Verbindung von verschiedenen Prämissen wird eine *Konklusion* – ein sog. syllogistischer Schluss vom Allgemeinen auf das Besondere – gezogen, wobei Erstere und Letztere in zwingender Weise miteinander verbunden sein müssen (z.B. die Prämissen: Alle Juristen sind Menschen. Alle Menschen sind sterblich. Konklusion: Alle Juristen sind sterblich).²¹²¹ Diese formale Logik beschränkt sich dabei nicht nur auf die im Beispiel aufgestellten Aussagesätze, sondern lässt sich auch auf *Sollenssätze* ausdehnen.²¹²² Dieser Bereich wird als *deontische Logik* bezeichnet.²¹²³ Bei einer sog. deontischen Operation kann eine der Prämissen etwa durch eine (gesetzliche) Vorschrift gebildet werden. Die zweite Prämisse bezieht sich auf den jeweiligen Sachverhalt.²¹²⁴

793 («[Dieses Verbot] ist unmittelbar einleuchtend, da die Merkmale der Straftat ja schon den Strafraum als solchen begründen; die Strafzumessung darf also nicht mehr auf sie zurückgreifen»).

2118 Vgl. dazu sogleich II.D.4.

2119 BERGMANN (1988), 23.

2120 RÜTHERS/FISCHER/BIRK¹², Rz. 187.

2121 RÜTHERS/FISCHER/BIRK¹², Rz. 187; SCHWACKE⁴, 41.

2122 RÜTHERS/FISCHER/BIRK¹², Rz. 190.

2123 JOERDEN³, 199 (der Ausdruck «*deontologisch*» leitet sich vom griechischen Begriff «*déon*» ab, was so viel wie «*Pflicht*» oder «*Sollen*» bedeutet); RÜTHERS/FISCHER/BIRK¹², Rz. 190.

2124 SCHWACKE⁴, 42.

Schliesslich wird durch eine Subsumtion auch hier eine Konklusion hergestellt (z.B. die Prämissen: Wer vorsätzlich eine andere Person tötet, wird mit Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren bestraft. A. hat den B. vorsätzlich erschossen. Konklusion: A. wird mit einer Freiheitsstrafe von nicht unter fünf Jahren bestraft).²¹²⁵

Wollte man nun das Doppelverwertungsverbot (im Sinne einer Konklusion) mit juristischer Logik begründen, wären auch hierfür Prämissen erforderlich, aus denen das Verbot abgeleitet werden könnte. In Bezug auf den abgehandelten – und abgelehnten – Geltungsgrund des Doppelverwertungsverbots aus dem Grundsatz *ne bis in idem* wäre eine «logische» Herleitung etwa aus folgenden Prämissen ableitbar: Prämisse 1 besagt, dass wer in der Schweiz rechtskräftig verurteilt oder freigesprochen worden ist, wegen der gleichen Straftat nicht erneut verurteilt oder verfolgt werden darf. Prämisse 2 hält fest, dass der Grundsatz *ne bis in idem* auch für einzelne Strafzumessungsumstände Geltung beansprucht. Bei Annahme der Korrektheit der aufgestellten Prämissen liesse sich daraus z.B. folgende Konklusion ziehen: Das Gericht darf bei der Strafzumessung aus derselben Tatsache nicht zweimal zuungunsten der betroffenen Person Folgen ableiten, da dies einer (verbotenen) doppelten Verurteilung gleichkommen würde. Wie vorne jedoch dargelegt wurde, erweist sich die Prämisse 2 als unzutreffend,²¹²⁶ weshalb auch der Konklusion nach vorliegender Ansicht nicht gefolgt werden kann. Aus dem Aufgeführten erhellt nun aber, dass sich das Doppelverwertungsverbot als Konklusion im Sinne der juristischen Logik in jedem Herleitungsfall auf bestimmte Prämissen abstützen muss, die einen Sachverhalt und eine Vorschrift bzw. ein rechtliches Grundprinzip verkörpern. Fehlt ein solches Prinzip bzw. eine solche Vorschrift oder sind die Prämissen fehlerhaft, liegt ein Prämissenmangel resp. ein Prämissenfehler vor, wodurch der daraus gezogene Schluss grundsätzlich nicht adäquat begründet werden kann.²¹²⁷ Das Doppelverwertungsverbot kann zwar – wie noch zu zeigen sein wird²¹²⁸ – logisch begründet werden, jedoch kann eine (oder beide) der dafür notwendigen Prämissen nicht die Logik selbst sein. Es existiert nämlich kein «allgemeiner Satz» der Logik, der es aus sich heraus verbieten würde, einem Täter ein und denselben Umstand doppelt zur Last zu legen.²¹²⁹ Das Doppel-

2125 Vgl. RÜTHERS/FISCHER/BIRK¹², Rz. 190.

2126 Vgl. vorne II.D.1.

2127 Siehe zum Prämissenmangel JOERDEN³, 332f.

2128 Siehe hinten II.D.5.

2129 Vgl. Komm. Strafgesetzbuch⁴-VON HEINTSCHEL-HEINEGG, § 46 N 127; DERS., in: FS Streng, 236; zwar mag Unrechtes häufig als unlogisch erscheinen, jedoch lässt sich

verwertungsverbot lässt sich daher mit «schlichter Logik» allein nicht ausreichend aus sich heraus begründen.²¹³⁰

3. Materiell-rechtliche Begründungspflicht der Strafzumessung

a. Lehre

Gemäss einem weiteren Teil der Lehre gelte das Doppelverwertungsverbot als generalisierender Anwendungsfall der materiell-rechtlichen Begründungspflicht des Gerichts hinsichtlich von Tatbestandsmerkmalen.²¹³¹ Diese Begründungspflicht werde verletzt, wenn das Gericht für seine Strafzumessungsentscheidung Argumente verwende, die für alle möglichen, unter einen Tatbestand zu subsumierenden Sachverhalte gleichermaßen zutreffen würden; das Gericht wiederhole so in seiner Begründung die Tatbestandsmerkmale lediglich, wodurch eine Überprüfung der konkreten Strafzumessungsentscheidung durch eine höhere Instanz nicht möglich sei.²¹³² Die bloss wiederholende Aufzählung der für den jeweiligen Tatbestand allgemeingültigen Umstände entspreche nicht der Benennung der konkreten Strafzumessungsgründe. Unterschiedliche Ausprägungen der Tatbestandsmerkmale könnten jedoch zur Begründung herangezogen werden, da sie unterschiedliche Schweregrade der Tatbestandsverwirklichung betreffen.²¹³³

b. Stellungnahme

Angewendet auf das schweizerische Strafzumessungssystem würde sich gemäss dieser Theorie das Doppelverwertungsverbot aus Art. 50 StGB ergeben, wonach das Gericht in der Urteilsbegründung auch die für die Zumessung der Strafe erheblichen Umstände und deren Gewichtung festzuhalten hat. Durch die Einführung dieser Bestimmung – welche die Begründungspflicht als Aspekt des rechtlichen Gehörs nach Art. 29 Abs. 2 BV konkretisiert²¹³⁴ – wurden im Rahmen der Revision des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuchs die Grundsätze der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Begründungsanforderung der gerichtlichen Strafzumessungsüberlegungen weitgehend

auch Ungerechtigkeit «logisch» darlegen. Was logisch ist, muss also nicht unbedingt gerecht sein (EL-GHAZI, JZ 2014, 181).

2130 EL-GHAZI, JZ 2014, 181; Kömm. Strafgesetzbuch⁴-VON HEINTSCHEL-HEINEGG, § 46 N 127; DERS., in: FS Streng, 236.

2131 TIMPE (1983), 44 ff.

2132 TIMPE (1983), 49, 57 f.; vgl. auch AHLERS-GRZIBEK (2003), 76 f.

2133 TIMPE (1983), 50 ff., 58 f.

2134 OFK StGB²¹-HEIMGARTNER, Art. 50 N 1.

in Gesetzesform gegossen.²¹³⁵ Die Botschaft führte hierzu aus, dass die Regelung zum Ziel habe, «die im Gesetz vorgesehenen Kriterien bei der Strafzumessung tatsächlich zur Anwendung zu bringen und insofern dem materiellen Strafrecht zum Durchbruch zu verhelfen».²¹³⁶ Neben der Erhöhung der Transparenz sollte dadurch eine grössere Kontrolle der Strafzumessung im Rechtsmittelverfahren ermöglicht werden,²¹³⁷ wobei auch eine grössere Selbstkontrolle des Sachgerichts angestrebt wurde.²¹³⁸

Sofern nun auf die (materiell-rechtliche) Begründungspflicht als Geltungsgrund des Doppelverwertungsverbots abgestellt wird, kann dieser Darstellung nicht gefolgt werden, da hierbei eine Vermischung von Ursache und Wirkung stattfindet: Die Begründungspflicht ist nämlich der korrekten Strafzumessung *nachgelagert*; so führt auch das Bundesgericht aus, dass es bei der Begründung des (Strafzumessungs-)Entscheids um die *Nachvollziehbarkeit* der gerichtlichen Strafzumessungsüberlegungen geht.²¹³⁹ Durch die eingehende Begründung kann «festgestellt werden [...], ob alle rechtlich massgebenden Gesichtspunkte berücksichtigt und wie sie gewichtet wurden».²¹⁴⁰ Da es beim Doppelverwertungsverbot gerade darum geht, zu eruieren, *welche* Strafzumessungsumstände verwendet werden dürfen, um die Strafhöhe festzustellen, konstituiert nicht die Begründungspflicht des Gerichts die Geltung des Doppelverwertungsverbots, sondern sorgt Letzteres vielmehr für eine transparente und korrekte – und entsprechend auch für eine im Rechtsmittelverfahren überprüfbare – Strafzumessung.²¹⁴¹ Denn selbst wenn das Gericht theoretisch nicht gem. Art. 50 StGB gehalten wäre, im Urteil die für die Strafzumessung relevanten Umstände und deren Gewichtung darzulegen,²¹⁴² so

2135 KILLIAS et al.², Rz. 1223; STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 93; StGB PK⁴-TRECHSEL/M. SEELMANN, Art. 50 N 3; vgl. dazu auch vorne I.C.6.

2136 Botschaft, BBl 1999 II, 2063.

2137 Botschaft, BBl 1999 II, 2062; NAY, ZStrR 1994, 175 f.; BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/ECHLE, Art. 50 N 2; vgl. auch StGB PK⁴-TRECHSEL/M. SEELMANN, Art. 50 N 1.

2138 BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/ECHLE, Art. 50 N 6.

2139 BGE 121 IV 49, E. 2a/aa; 117 IV 112, E. 1; 116 IV 288, E. 2.

2140 BGE 121 IV 49, E. 2a/aa; 120 IV 136, E. 3a; 118 IV 14, E. 2; vgl. auch OFK StGB²¹-HEIMGARTNER, Art. 50 N 2; AK StGB-SIMMLER/SELMAN, Art. 50 N 1; StGB PK⁴-TRECHSEL/M. SEELMANN, Art. 50 N 2.

2141 BGE 121 IV 49, E. 2a/aa («Dann ist es auch möglich zu prüfen, ob er sich von zutreffenden oder unzutreffenden Gesichtspunkten leiten liess und ob er sich bei der Gewichtung der relevanten Faktoren im Rahmen seines weiten Ermessens hielt [...]»); so auch BERGMANN (1988), 23; vgl. auch Botschaft, BBl 1999 II, 2062; BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/ECHLE, Art. 50 N 1, 6.

2142 Diese Überlegung ist rein theoretischer Natur, da, wie erwähnt, das Gericht den Strafzumessungsentscheid bereits aufgrund des Anspruchs auf rechtliches Gehör gem. Art. 29 Abs. 2 BV in der Urteilsbegründung darzulegen hätte. Im Strafbefehlsverfahren erfolgt jedoch regelmässig keine Begründung der Strafzumessung (krit. hierzu StGB PK⁴-TRECHSEL/M. SEELMANN, Art. 50 N 5)

hätte es das Doppelverwertungsverbot gleichwohl bei der Festsetzung der Strafe zu beachten. Die materiell-rechtliche Begründungspflicht dient zwar im Ergebnis mithin (auch) dem Ziel, Verletzungen des Doppelverwertungsverbots sichtbar zu machen und dadurch zu verhindern, jedoch bestehen das Verbot sowie die Begründungspflicht unabhängig voneinander.

4. Ausdruck des Gewaltenteilungsgrundsatzes

a. Lehre

Die in der (deutschen) Lehre vorherrschende Meinung sieht das Doppelverwertungsverbot als Ausdruck der Arbeitsteilung zwischen Gesetzgeber und Gericht bzw. als Ausdruck des Gewaltenteilungsgrundsatzes an.²¹⁴³ Als Begründung wird vorgebracht, dass der Gesetzgeber durch die Formulierung des Tatbestandes im Sinne einer Norm des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches bereits selbst mithilfe von abstrakten Merkmalen einen antizipierten «grossen Katalog von Strafzumessungsgründen» geschaffen und den einzelnen «Gattungen» einen bestimmten Strafraumen zugewiesen habe.²¹⁴⁴ So würden etwa mit § 306b Abs. 1 StGB/D (Besonders schwere Brandstiftung)²¹⁴⁵ alle denkbaren Fälle der Gesundheitsschädigung einer grossen Anzahl von Menschen durch Brandstiftung beschrieben und diesen verbotenen Verhaltensweisen ein Strafraumen zugeordnet.²¹⁴⁶ Mit dem in der jeweiligen Bestimmung aufgeführten Strafraumen sei durch den Gesetzgeber daher bereits ein Teil des Strafzumessungsvorgangs vorweggenommen worden; die Tatbestandsmerkmale würden entsprechend zur Beschreibung der dem jeweiligen verbotenen Verhalten allesamt inhärenten Gattungsmerkmale dienen.²¹⁴⁷ Wer Letztere verwirkliche, erfülle den Tatbestand; ihm werde beim gleichzeitigen Vorliegen von Rechtswidrigkeit und Schuld der gesamte Strafraumen zugeordnet, wodurch den Tatbestands- resp. Gattungsmerkmalen eine strafbarkeitsbegründende Funktion zukomme.²¹⁴⁸ Dies führe dazu, dass die abstrakten Tatbestandsmerkmale bei

2143 AHLERS-GRZIBEK (2003), 78 ff.; ALBERTS (1985), 113 f.; BERGMANN (1988), 23; BRUNS² (1985), 132; DERS., in: FS Mayer, 363; FAHL (1996), 22; HETTINGER (1982), 46 ff.; NAGLER, GS 1927, 84; SCHALL/SCHIRRMACHER, Jura 1992, 625; LK StGB II¹²-THEUNE, § 46 N 263; WILCKEN (2004), 22; ZIPF (1969), 91 ff.; DERS. (1977), 40; vgl. auch H.-J. ALBRECHT (1994), 92.

2144 NAGLER, GS 1927, 84; vgl. auch BRUNS² (1985), 133; DERS., in: FS Mayer, 355; HETTINGER (1982), 53; SCHALL/SCHIRRMACHER, Jura 1992, 625; WILCKEN (2004), 23; ZIPF (1969), 98.

2145 «(I) Wer durch eine Brandstiftung nach § 306 oder § 306a eine schwere Gesundheitsschädigung eines anderen Menschen oder eine Gesundheitsschädigung einer grossen Zahl von Menschen verursacht, wird mit Freiheitsstrafe nicht unter zwei Jahren bestraft.»

2146 WILCKEN (2004), 23.

2147 BRUNS² (1985), 133; DERS., in: FS Mayer, 363; DREHER, in: FS Bruns, 144 f.; HETTINGER (1982), 75 f.; WILCKEN (2004), 22; ZIPF (1969), 97 f.; DERS. (1977), 40.

2148 SCHALL/SCHIRRMACHER, Jura 1992, 625; WILCKEN (2004), 23.

der Strafzumessung im Einzelfall nicht mehr berücksichtigt werden könnten, da das Gericht die grundsätzlichen Wertungen des Gesetzgebers nicht nochmals verwenden dürfe, weil diese in ihrer strafbarkeitsbegründenden Funktion bereits «verbraucht» seien.²¹⁴⁹ Weil diese Umstände in allen Fällen des verwirklichten Delikts erfüllt sein müssten, würden sie als generelle Merkmale überhaupt keine geeigneten Kennzeichen mehr darstellen, um die einzelnen Fallgestaltungen in Bezug auf ihre jeweilige Schwere voneinander abzugrenzen.²¹⁵⁰ Dem Gericht obliege somit nur die Berücksichtigung der den konkreten Einzelfall charakterisierenden strafzumessungsrelevanten Umstände.²¹⁵¹

b. Rechtsprechung

a1. Deutschland

Diese Ansicht wurde auch bereits vor der gesetzlichen Regelung des Doppelverwertungsverbots im deutschen Strafgesetzbuch von der Rechtsprechung vertreten. Das Reichsgericht brachte etwa vor, dass ein Tatbestandsmerkmal (i. c. die Tötung eines Menschen beim Tatbestand der fahrlässigen Tötung) «bereits bei der Aufstellung des gesetzlichen Strafrahmens berücksichtigt» worden sei.²¹⁵² Die gleichlautende Formulierung verwendete das Gericht bei einem ähnlichen Fall: «[Die Vorinstanz] hat damit ein Tatbestandsmerkmal, das bereits bei der Ausstellung des gesetzlichen Strafrahmens berücksichtigt ist, als Straferhöhungsgrund verwertet.»²¹⁵³ Die Bestimmung der Strafe im Einzelfall habe stets aufgrund besonderer Umstände des konkreten Sachverhalts zu erfolgen, «nicht aber nach allgemeinen, dem Gesetzgeber gebührenden Erwägungen über die Strafbarkeit des Gattungsdelikts».²¹⁵⁴ Umstände, die den Gesetzgeber zum Erlass einer besonderen Bestimmung des Strafgesetzbuches geleitet hätten, träfen nämlich kongruent auf alle tatbestandsmäßigen Handlungen der jeweiligen Bestimmung zu.²¹⁵⁵

2149 EHRHARDT (1965), 84; HETTINGER (1982), 126; WILCKEN (2004), 23; vgl. auch JUNG, JR 1931, 18 («Umstände [...], deren Vorhandensein gerade den Gesetzgeber dazu bestimmt hat, die betreffende Handlungsweise unter Strafe zu stellen»).

2150 EHRHARDT (1965), 84 f.; ZIPF (1969), 98; DERS. (1977), 40; in der schweizerischen Lehre wurde darüber hinaus auch die Auffassung vertreten, dass eine durch den Gesetzgeber aus *generalpräventiven* Gründen geregelte qualifizierte Tatbestandsvariante dem Täter nicht nochmals bei der Strafzumessung *generalpräventiv* entgegengehalten werden dürfe (G. MAURER [1945], 40; vgl. auch OGer ZH, Urteil vom 31. März 1944, auszugsweise abgedruckt in: ZR 1944, 149).

2151 EL-GHAZI, JZ 2014, 180; HETTINGER (1982), 47 ff.

2152 Urteil des Reichsgerichts in Strafsachen vom 21. November 1912, DJZ 1913, 411.

2153 Urteil des Reichsgerichts in Strafsachen vom 12. Oktober 1923, RGSt 57, 379.

2154 Urteil des Reichsgerichts in Strafsachen vom 2. November 1925, Rechtsprechung, Beilage zur DRiZ 1926, 22 f.

2155 Urteil des Reichsgerichts in Strafsachen vom 25. April 1929, GA 1930, 67; vgl. auch EHRHARDT (1965), 84; VON BELING, JW 1924, 1721.

Diese Rechtsprechung hatte in der Folge Auswirkungen auf die Revision des deutschen Strafgesetzbuchs.²¹⁵⁶ So legte auch der deutsche Gesetzgeber diese Argumentation der Bestimmung von § 46 Abs. 3 StGB/D (§ 60 Abs. 2 E-StGB/1962/D) zugrunde. In der amtlichen Begründung zum Entwurf des Strafgesetzbuchs wurde mithin aufgeführt, dass Umstände, die bereits Merkmale des gesetzlichen Tatbestandes seien, «den Gesetzgeber bei der Aufstellung des Strafrahmens geleitet haben und daher auf der ganzen Breite dieses Rahmens bereits berücksichtigt sind und vorausgesetzt werden. Sie können daher nicht dazu helfen, die für die einzelne Tat gerechte Strafe innerhalb dieses Rahmens zu bestimmen.»²¹⁵⁷ Der Bundesgerichtshof nahm diesen Begründungsansatz wiederum in seine spätere Rechtsprechung auf und gab ihn eins zu eins wieder: «Der Grund, weshalb Umstände, die zum gesetzlichen Tatbestand gehören, für die Strafzumessung nicht verwendet werden dürfen, liegt darin, dass diese Umstände es sind, «die den Gesetzgeber bei der Aufstellung des Strafrahmens geleitet haben und daher auf der ganzen Breite dieses Rahmens bereits berücksichtigt sind und vorausgesetzt werden. Sie können daher nicht dazu helfen, die für die einzelne Tat gerechte Strafe innerhalb dieses Rahmens zu bestimmen.»»²¹⁵⁸

a2. Schweiz

Das schweizerische Bundesgericht hat sich zwar bisher nicht explizit zur Frage des Geltungsgrundes des Doppelverwertungsverbots geäußert, jedoch lässt sich aus seinen allgemeinen Äusserungen teilweise herauslesen, dass es ebenfalls die Arbeitsteilung des Gesetzgebers und Gerichts als Begründung des Verbots ansieht. So hielt das Bundesgericht fest, die Tatbestandserfüllung als solche habe sich bereits im Eröffnen des gesetzlichen Strafrahmens niedergeschlagen und sei in ihrer Bedeutung für die Strafmassfindung «insoweit verbraucht».²¹⁵⁹ Dies beziehe sich aber lediglich auf das abstrakte «Dass» und nicht das «Inwieweit» der Verwirklichung des fraglichen Tatbestandsmerkmals.²¹⁶⁰ Das Gericht *verfeinere* dadurch nur die Wertung, die der *Gesetzgeber* mit der Festsetzung des Strafrahmens vorgezeichnet habe.²¹⁶¹

2156 FANDRICH (2010), 25.

2157 Begründung E-StGB/1962/D, 181.

2158 BGH, Urteil 1 StR 62/90 vom 14. August 1990.

2159 BGer, Urteil 6S.44/2007 vom 6. Juni 2007, E. 4.3.2.

2160 BGer, Urteil 6S.44/2007 vom 6. Juni 2007, E. 4.3.2; vgl. dazu eingehend hinten II.F.2.

2161 Vgl. etwa BGE 118 IV 342, E. 2b; BGer, Urteil 6B_786/2014 vom 10. April 2015, E. 1.5.2; 6B_294/2010 vom 15. Juli 2010, E. 3.3.2; 6S.44/2007 vom 6. Juni 2007, E. 4.3.2; 6P.90/2004 vom 5. November 2004, E. 5.2.

c. Stellungnahme

Obwohl der Begründungsansatz der Herleitung des Doppelverwertungsverbots aus der Arbeitsteilung zwischen Gesetzgeber und Gericht bzw. als Ausdruck des Gewaltenteilungsgrundsatzes vom überwiegenden Teil der Lehre sowie der Praxis vertreten wird, erfährt er auch Kritik. So wird ein Schwachpunkt darin gesehen, dass diese Argumentationsweise für die Begründung des Verbots *zirkulär* sei.²¹⁶² Der Begründungsansatz versuche nämlich das Verbot daraus abzuleiten, dass ein Umstand, der bereits Merkmal des gesetzlichen Tatbestands sei, in der Strafzumessung nicht nochmals berücksichtigt werden dürfe. Damit werde aber nur festgehalten, dass ein Umstand einer besonderen Bestimmung des Strafgesetzbuches nicht ein zweites Mal in die Strafzumessung einfließen dürfe, weil er bereits vom Gesetzgeber «verwertet» worden sei. Über den Grund des Verbots der doppelten Verwertung bei der Festsetzung der konkreten Strafe werde dabei jedoch nichts gesagt.²¹⁶³

Zwar ist nach vorliegender Ansicht der Geltungsgrund des Verbots als Ausdruck des Gewaltenteilungsgrundsatzes ebenfalls abzulehnen, jedoch kann der Kritik des zirkulären Vorgangs nicht zugestimmt werden. Es ist nämlich nicht korrekt, dass von der h.L. und Praxis über den *Grund* des Verbots nichts ausgesagt werde. Der Begründungsansatz, dass Umstände einer besonderen Bestimmung des Strafgesetzbuches bereits vom Gesetzgeber «verwertet» worden seien, soll sich nämlich auf den allgemeinen Grundsatz der Gewaltenteilung abstützen. Ob diese Begründung resp. das Abstützen auf diesen Grundsatz im Ergebnis auch Sinn ergibt, ist eine andere Frage, zirkulär ist die Begründung jedoch nicht. Der Gesetzgeber hat nämlich in der Tat durch die Schaffung unterschiedlicher Strafraumen bereits eine gewisse (Vor-)Bewertung vorweggenommen. Der Geltungsgrund der Arbeitsteilung zwischen Gesetzgeber und Gericht hat jedoch erstens einen schwergewichtigen Nachteil: Er kann – und dazu wird beim noch ausführlich zu behandelnden Punkt des Geltungsbereichs einzugehen sein²¹⁶⁴ – nicht erklären, warum das Doppelverwertungsverbot auf bestimmte Umstände Anwendung findet, die nicht (explizit) durch den gesetzlichen Tatbestand umschrieben werden. Hierbei wäre etwa an «wertausfüllungsbedürftige» Tatbestandsmerkmale zu denken, bei denen der Gesetzgeber gerade noch keine eigene Bewertung vorgenommen hat.²¹⁶⁵ So äussert sich das Gesetz etwa bei Art. 19 Abs. 2 lit. a BetrMG nicht

²¹⁶² FANDRICH (2010), 25.

²¹⁶³ FANDRICH (2010), 25.

²¹⁶⁴ Vgl. hinten II.F.

²¹⁶⁵ TIMPE (1983), 42; WILCKEN (2004), 24.

dazu, wann «die Widerhandlung mittelbar oder unmittelbar die Gesundheit vieler Menschen in Gefahr bringen kann». Was «viele Menschen» im Sinne des Gesetzes heisst, wurde durch die Rechtsprechung und nicht den Gesetzgeber festgesetzt (20 Personen).²¹⁶⁶ Das Verbot der Doppelverwertung käme daher nicht zur Anwendung, wenn sowohl die abstrakten Tatbestandsmerkmale – bzw. deren Konkretisierung – als auch die Zumessung der Strafe im Einzelfall von derselben Autorität festgesetzt bzw. vorgenommen würden. Auch in einem solchen Falle erschiene es aber nichtsdestotrotz unsachgemäss, einen Umstand als strafzumessungsrelevant heranzuziehen, der ein Delikt auf der ganzen Bandbreite des Strafrahmens gleichermaßen kennzeichnet.²¹⁶⁷ Diese Problematik zeigt sich besonders plastisch bei den sog. «ungeschriebenen Tatbestandsmerkmalen» einiger weniger Tatbestände. So sind sich Lehre und Praxis etwa bei Art. 141^{bis} StGB betreffend unrechtmässige Verwendung von Vermögenswerten weitgehend einig, dass entgegen dem Wortlaut des Gesetzes die *Absicht unrechtmässiger Bereicherung* sowie der *Vermögensschaden* ebenfalls Tatbestandsmerkmale darstellen.²¹⁶⁸ Gleiches gilt auch für das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal der *Täuschung* bei der Gebührenüberforderung nach Art. 313 StGB²¹⁶⁹ sowie für den *Vermögensschaden* bei der Veruntreuung von Vermögenswerten i.S.v. Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB.²¹⁷⁰ Würde man nun auf dem Gewaltenteilungsgrundsatz als Geltungsgrund beharren, könnte etwa dem Täter beim letztgenannten Tatbestand der Veruntreuung von Vermögenswerten das Vorliegen eines Vermögensschadens doppelt angelastet werden.²¹⁷¹ Eine gerichtliche Rechtsfortbildung durch Hinzufügen bzw. eine Konkretisierung von Tatbestandsmerkmalen darf jedoch keine Nichtanwendbarkeit des Doppelverwertungsverbots zur Folge haben. Ansonsten wäre es dem Zufall überlassen, ob das Verbot je nach erfülltem Tatbestand und den diesem inhärenten (ungeschriebenen) Merkmalen zur Anwendung gelangt oder nicht.

2166 BGE 121 IV 332, E. 2a; 108 IV 63, E. 2; vgl. auch BetmG Komm.-HUG-BEELI, Art. 19 N 852.

2167 So auch EL-GHAZI, JZ 2014, 181.

2168 BSK StGB II⁴-NIGGLI, Art. 141^{bis} N 9, 36, 39; StGB PK⁴-TRECHSEL/CRAMERI, Art. 141^{bis} N 5; s.a. BGE 126 IV 209, E. 2d; BGer, Urteil 6B_102/2007 vom 13. November 2007, E. 6.3; DONATSCH III¹¹, 195; PCCP², Art. 141^{bis} N 17.

2169 DONATSCH/THOMMEN/WOHLERS⁵, 555; BSK StGB II⁴-HEIMGARTNER, Art. 313 N 5; PC CP², Art. 313 N 10; StGB PK⁴-TRECHSEL/VEST, Art. 313 N 2.

2170 BGE 111 IV 19, E. 5; BGer, Urteile 6B_199/2011 und 6B_215/2011 vom 10. April 2012, E. 5.3.1 («Obwohl in Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB nicht ausdrücklich erwähnt, verlangt die Bestimmung den Eintritt eines Vermögensschadens [...]»); 6P.46/2004 und 6S.141/2004 vom 11. August 2004, E. 3.2; BSK StGB II⁴-NIGGLI/MAEDER, Art. 138 N 110; RIEDO, AJP 2003, 1483.

2171 Etwa im Sinne von: «Die Strafe ist zu erhöhen, da der geschädigten Person ein Vermögensschaden entstanden ist.»

Zweitens hat der Gesetzgeber zwar durch die Schaffung unterschiedlicher Tatbestände und Strafraumen bereits eine differenzierte Bewertung der Unrechts- und Schuldschwere für diejenigen Umstände, die durch einen gesetzlichen Tatbestand umschrieben resp. umfasst werden, vorweggenommen, jedoch begründet die diesbezügliche «Aufgabenverteilung» selbst nur *indirekt* die Geltung des Doppelverwertungsverbots. Die (Vor-)Bewertung durch den Gesetzgeber bildet aber die *Grundlage* für den – nach vorliegender Ansicht – einschlägigen Geltungsgrund des Doppelverwertungsverbots, auf den im Folgenden einzugehen sein wird.²¹⁷²

5. Ausdruck des Schuldprinzips

a. Lehre

Der zuvor angesprochene Geltungsgrund des Doppelverwertungsverbots der Arbeitsteilung zwischen Gesetzgeber und Gericht wurde von der älteren Lehre teilweise auch mit der «Notwendigkeit individueller Tatschuldwertung» beschrieben.²¹⁷³ Das Prinzip der individuellen Tatschuldwertung gebiete es nämlich dem Gericht bei der Zumessung der Strafe im Einzelfall, seinen Entscheid nur mit den konkreten Strafzumessungsumständen zu begründen, die über die generelle Wertung des Gesetzgebers hinausgingen.²¹⁷⁴ Ein abstraktes Tatbestandsmerkmal oder eine generelle Zweckerwägung, welche die Festsetzung eines bestimmten Strafraumens begründet hätten, könnten nicht gleichzeitig für die individuelle Zumessung der Einzeltatschuld verwendet werden.²¹⁷⁵ Von den entsprechenden Vertretern dieses Lösungsansatzes wurde mithin ebenfalls eine Aufgabenteilung zwischen Gesetzgeber und Gericht ausgemacht, jedoch dahingehend ergänzt, dass sich die Strafe immer nur aus der individuellen – und nicht der abstrakten, durch den Gesetzgeber festgesetzten – (Tat-)Schuld ergeben könne.

In einem Teil der neueren (deutschen) Lehre wurde der Anknüpfung an die individuelle Tatschuld zwar Zustimmung entgegengebracht, jedoch auch darauf hingewiesen, dass es selbst durch diesen Begründungsansatz nicht gänzlich gelinge, den Geltungsgrund des Doppelverwertungsverbots zutreffend zu

2172 Vgl. sogleich II.D.5.

2173 SCHALL/SCHIRRMACHER, Jura 1992, 626; ZIPF (1969), 91 ff.; DERS. (1977), 40; s.a. EISENBERG, in: FS Riess, 830.

2174 SCHALL/SCHIRRMACHER, Jura 1992, 626.

2175 SCHALL/SCHIRRMACHER, Jura 1992, 626; ZIPF (1977), 40 («*Wo einem Merkmal über die generelle Aufnahme in den Strafraumen hinaus kein konkreter Aussagewert für den Unrechts- und Schuldgehalt der individuellen Tat mehr zukommt, darf es nicht als Strafzumessungsfaktor herangezogen werden*»).

bestimmen. Korrekterweise müsse nämlich das Verbot mit dem Schuldgrundsatz selbst begründet werden.²¹⁷⁶

b. Stellungnahme

Dass das Doppelverwertungsverbot aus dem *Schuldgrundsatz* selbst abgeleitet werden kann, ist auch nach vorliegender Ansicht zustimmungswürdig. Wie bereits eingehend dargelegt wurde,²¹⁷⁷ hat die Schuld bei der Strafzumessung – im Sinne der Strafzumessungsschuld gem. Art. 47 StGB – drei Funktionen inne: So setzt Strafe Schuld voraus, was bedeutet, dass sie *strafbegründend* wirkt. Zweitens darf die Strafe das Mass der Schuld nicht übersteigen, wodurch gewährleistet wird, dass die zu verhängende Strafe in ihrem Ausmass durch diejenigen Umstände begrenzt wird, für deren Verwirklichung dem Täter ein persönlicher Vorwurf gemacht werden kann. Dadurch wirkt die Schuld *strafbegrenzend*. Die dritte Funktion der Schuld besagt schliesslich, dass die Strafe die Schuld in vollem Masse ausgleichen soll (*strafbestimmende* Funktion der Schuld). Von letzterer Funktion kann nur in Ausnahmefällen abgesehen werden, wenn eine Strafe aus Gründen der Resozialisierung unterhalb der noch schuldangemessenen Grenze festzusetzen ist, sofern hierdurch das positiv-generalpräventive Minimum noch gewahrt wird.²¹⁷⁸ Da auf eine solche Unterschuldstrafe aber nur aufgrund von präventiven Überlegungen erkannt werden kann, ist ihm Rahmen der vorliegenden Diskussion zum Geltungsgrund des Doppelverwertungsverbots nicht weiter darauf einzugehen. Denn hierbei geht es darum, aufgrund der (zulässigen) realen Strafzumessungsgründe zunächst den Schuldrahmen zu bestimmen.²¹⁷⁹ Ob in einem weiteren Schritt aufgrund präventiver Umstände das Mass des Verschuldens nicht gänzlich ausgeschöpft zu werden braucht, ist nicht mehr Gegenstand des Anwendungsbereichs des Doppelverwertungsverbots, sondern betrifft den zweiten Anwendungsschritt im Rahmen der asymmetrischen Spielraumtheorie.²¹⁸⁰

Aus den aufgezählten Funktionen erhellt, dass die Strafe das Mass des Verschuldens im Sinne der Strafzumessungsschuld grundsätzlich – im Rahmen des massgeblichen Spielraums – weder über- noch unterschreiten darf. Dies ergibt sich nicht zuletzt auch aus der gesetzlichen Regelung von Art. 47 Abs. 1 StGB, wonach das Gericht die Strafe *nach dem Verschulden* des Täters

2176 EL-GHAZI, JZ 2014, 181; FANDRICH (2010), 40 f.; Komm. Strafgesetzbuch⁴-VON HEINTSCHEL-HEINEGG, § 46 N 127; DERS., in: FS Streng, 236.

2177 Vgl. vorne I.D.2.a.a1. ff.

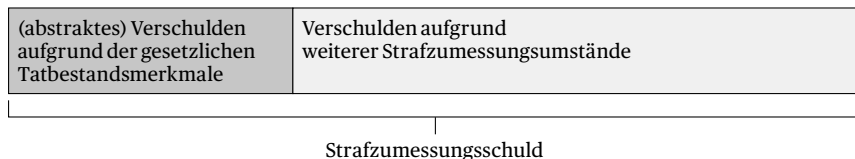
2178 Vgl. vorne I.D.2.a.a4.ii.

2179 Siehe für die Einordnung des Doppelverwertungsverbots in das Strafzumessungssystem sogleich II.E.

2180 Vgl. vorne I.D.2.a.a3.ii.

zumisst.²¹⁸¹ Wie ebenfalls schon thematisiert wurde, wird die Höhe dieses Verschuldens aufgrund der realen Strafzumessungsgründe, d.h. derjenigen Umstände der Tat und des Täters, die für die konkrete Zumessung der Strafe relevant sind, bestimmt.²¹⁸² Im Lichte dieser Ausführungen war nun bereits die frühere Fokussierung eines Teils der Lehre auf die «individuelle Tatschuld», die auch eine Verbindung mit dem bereits diskutierten Geltungsgrund der Arbeitsteilung zwischen Gesetzgeber und Gericht aufwies,²¹⁸³ mit ihrer Anknüpfung an der Strafzumessungsschuld ein Schritt in die richtige Richtung,²¹⁸⁴ jedoch wurde durch die Vertreter jenes Begründungsansatzes übersehen, dass sich auch ein abstraktes resp. gesetzliches Tatbestandsmerkmal (wie etwa die lebensgefährliche Verletzung eines Menschen nach Art. 122 Abs. 1 StGB), das jeder Person, die den Tatbestand erfüllt, angelastet wird, zur individuellen Tatschuld des jeweiligen Delinquenten äussert. Das unabhängig vom Einzelfall verwirklichte gesetzliche Tatbestandsmerkmal stellt nämlich ebenfalls einen Teil der Strafzumessungsschuld im Sinne des ganzheitlichen Verschuldens dar; der Täter ist nicht deshalb vom abstrakten (Tatbestands-) Verschulden befreit, weil diese Schuldwertung unterschiedslos alle Delinquenten, die den jeweiligen Tatbestand verwirklichen, gleichermassen betrifft.²¹⁸⁵ Das abstrakte (Tatbestands-) Verschulden kann demnach als Teil des ganzheitlichen individuellen Verschuldens eines Täters bezeichnet werden.²¹⁸⁶

Graphisch lässt sich dies wie folgt darstellen:



Aufgrund des ganzheitlichen Verständnisses der Strafzumessungsschuld würden nun einerseits die strafbegrenzende und die strafbestimmende Funktion der Schuld ausgehebelt werden, wenn ein Umstand verschuldenserhöhend oder -vermindernd verwendet würde, dem überhaupt keine verschuldens-

2181 Vgl. vorne I.D.2.a.a1.

2182 Vgl. vorne I.D.2.b.

2183 Vgl. vorne II.D.4. und II.D.5.a.

2184 Vgl. vorne II.D.5.a.

2185 Vgl. EL-GHAZI, JZ 2014, 181; VON HEINTSCHEL-HEINEGG, in: FS Streng, 237.

2186 VON HEINTSCHEL-HEINEGG, in: FS Streng, 237 («Die tatbestandliche formulierte abstrakte Tatschuld deckt sich [...] partiell mit der individuellen Tatschuld [...]»); vgl. auch EL-GHAZI, JZ 2014, 181.

relevante Bedeutung zukommt.²¹⁸⁷ Andererseits muss dies aber auch gelten, wenn das Gericht einen verschuldensrelevanten Umstand doppelt *zugunsten* oder *zulasten* des Täters berücksichtigt; denn bereits die einmalige Verwendung einer verschuldensrelevanten Strafzumessungstatsache führt zu deren *Verbrauch unter Schuldgesichtspunkten*.²¹⁸⁸ Dabei kann es keine Rolle spielen, aus welchem Grund ein Schuldgesichtspunkt bereits verwertet wurde, sei dies nun aufgrund der abstrakten Verschuldensbewertung gewisser Zumessungstatsachen – etwa Tatbestandselemente – durch den Gesetzgeber oder aufgrund anderer Umstände.²¹⁸⁹

Durch die Offenheit der Anwendung dieses Geltungsgrundes auf alle Gesichtspunkte des Verschuldens zeigen sich dessen mannigfaltige Vorteile: So werden auch Umstände von einer doppelten Verwertung ausgenommen, die durch die anderen, bereits dargelegten Geltungsgründe nicht erfasst würden – sei dies nun beim Grundsatz *ne bis in idem*²¹⁹⁰ die doppelte Verwertung von Umständen, die zu einer Strafminderung führen würden, oder die nochmalige Berücksichtigung ungeschriebener Tatbestandmerkmale beim Geltungsgrund der Arbeitsteilung zwischen Gesetzgeber und Gericht.²¹⁹¹ Demgegenüber bedeutet der vorliegend angenommene Geltungsgrund aber auch, dass *präventionsrelevante* Umstände bei der Strafzumessung *nicht* unter das Verbot subsumiert werden können, da nur verschuldensrelevante Zumessungstatsachen davon erfasst würden.²¹⁹² Dies erlaubt es, eine befriedigende Lösung für die Problematik der mehrfachen Berücksichtigung von präventiven Zumessungsumständen zu finden, die zum einen bei der Strafzumessung i.e.S. und zum anderen (erneut) bei der Strafzumessung i.w.S. verwendet werden können.²¹⁹³

Mag nun die vorliegende Erkenntnis des Schuldprinzips als Geltungsgrund des Doppelverwertungsverbots in ihrer Prononciertheit für die schweizerische Strafzumessung ein Novum darstellen, ist nichtsdestotrotz darauf

2187 Zu denken wäre hier etwa an Überlegungen betr. die «Gefährlichkeit» des Täters.

2188 So auch EL-GHAZI, JZ 2014, 182; FANDRICH (2010), 40 («Weil Tatbestandsmerkmale in der Strafzumessung nur unter Schuldgesichtspunkten eine Rolle spielen, muss das Doppelverwertungsverbot dazu dienen, die doppelte Berücksichtigung des Schuldgehalts eines Umstands zu verhindern [...]»); Komm. Strafgesetzbuch⁴-VON HEINTSCHEL-HEINEGG, § 46 N 127; DERS., in: FS Streng, 237 («Wer aufgrund einer unzulässigen Doppelverwertung härter bestraft wird, als es seiner Schuld entspricht, steht einem Unschuldigen gleich, der verurteilt wird.»).

2189 Welche Konstellationen davon im Einzelnen genau umfasst werden, gilt es noch eingehend im Kapitel des Geltungsbereichs des Doppelverwertungsverbots (s. hinten II.F.) darzulegen.

2190 Vgl. vorne II.D.1.b.

2191 Vgl. vorne II.D.4.c.

2192 So auch FANDRICH (2010), 41.

2193 Vgl. dafür eingehend hinten II.F.4.

hinzuweisen, dass dieser Schluss (wohl) auch der schweizerischen Lehre nicht völlig fremd ist. So finden sich etwa Ausführungen bei JEAN GRAVEN, die eine Anlehnung an diesen Geltungsgrund vermuten lassen: «Le législateur a naturellement voulu [...] qu'une seule et même cause de réduction ne puisse être cumulativement prise en compte pour faire diminuer – ou aussi aggraver – la peine méritée par un inculpé, puisque le droit pénal suisse est indiscutablement, comme on sait, un «Schuldstrafrecht», fondé avant tout sur la culpabilité réelle de l'inculpé.»²¹⁹⁴ Auch die Argumentation des Bundesgerichts kann in gewissen Entscheiden dahingehend gedeutet werden, dass es einen Zusammenhang zwischen dem Doppelverwertungsverbot und dem Verschulden annimmt. Zwar spricht es nicht explizit von einer solchen Relation, jedoch könnte *e contrario* darauf geschlossen werden, wenn das Bundesgericht ausführt, dass bei der Berücksichtigung des Ausmasses eines qualifizierenden oder privilegierenden Tatumstands gerade keine Verletzung des Doppelverwertungsverbots vorliegt, da dieser bei der Strafzumessung auch unter *Verschuldensgesichtspunkten* zu würdigen sei.²¹⁹⁵ Eine solche Berücksichtigung würde wohl auch das Bundesgericht nicht zulassen, wenn es davon ausginge, dass das *Ausmass* eines Tatumstands bereits bei der gesetzlichen Festsetzung des Qualifizierungs- oder Privilegierungsgrundes verschuldensmässig berücksichtigt worden wäre.

6. Zwischenfazit

Zusammenfassend lässt sich somit festhalten, dass sich diverse Geltungsgründe für das Doppelverwertungsverbot, die bereits seit Längerem in der Lehre und Praxis vertreten werden, als unzutreffend herausgestellt haben. So wurde beim Geltungsgrund *ne bis in idem* dargelegt, dass dieses Prinzip keine Aussage darüber enthält, dass die doppelte Verwertung von bestimmten Umständen im Rahmen der Strafzumessung unzulässig ist. Das Doppelverwertungsverbot greift bereits zu einem früheren Zeitpunkt als der Grundsatz von *ne bis in idem* ein, nämlich *bevor* das rechtskräftige Urteil ergeht, da die Strafzumessung – im Falle eines Schuldspruchs – selbst einen Teil des entsprechenden Entscheids darstellt. Was die Meinung betrifft, dass es sich beim Doppelverwertungsverbot um ein selbständiges logisches Prinzip handeln würde, so konnte aufgezeigt werden, dass es zwar für das Doppelverwertungsverbot eine logische Begründung gibt, diese jedoch nicht die «Logik» selbst sein

2194 J. GRAVEN, ZStrR 1960, 145.

2195 BGer, Urteil 6B_708/2017 vom 13. November 2017, E. 3.3.1 («Das Ausmass des gewerbmässigen Betätigungsmittelhandels ist vielmehr bei der Strafzumessung auch unter Verschuldensgesichtspunkten zu würdigen [...]»); 6B_1192/2014 vom 24. April 2015, E. 5.4.2.

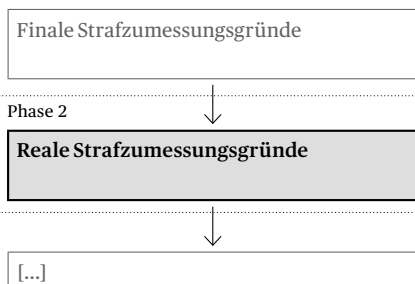
kann. Es existiert nämlich kein «allgemeiner Satz» der Logik, der es aus sich heraus verbieten würde, einem Täter ein und denselben Umstand doppelt zur Last zu legen. Gegen den sodann vertretenen Geltungsgrund der materiell-rechtlichen Begründungspflicht konnte aufgeführt werden, dass die im Schweizerischen Strafgesetzbuch durch Art. 50 StGB statuierte Begründungspflicht der Strafzumessung und der dafür erheblichen Umstände und deren Gewichtung grundsätzlich «nur» die Transparenz und Nachprüfbarkeit des ergangenen Strafzumessungsentscheids sicherstellen und dadurch die Kontrolle der Strafzumessung im Rechtsmittelverfahren – und insofern auch die Beachtung des Doppelverwertungsverbots – erleichtern soll. Das Doppelverwertungsverbot setzt jedoch schon früher an, soll dieses doch gerade für die Richtigkeit der ausgesprochenen Strafe sorgen. In Bezug auf den von der h.L. und Praxis vertretenen Geltungsgrund der Arbeitsteilung zwischen Gesetzgeber und Gericht wurde erläutert, dass ein solcher Geltungsgrund zum einen eine gerichtliche Rechtsfortbildung durch Hinzufügen bzw. eine Konkretisierung von Tatbestandsmerkmalen nicht mitumfassen würde. Zum anderen hat der Gesetzgeber zwar durch die Schaffung unterschiedlicher Tatbestände und Strafrahmen bereits eine differenzierte Bewertung der Unrechts- und (abstrakten) Schuldschwere für die durch einen Tatbestand umschriebenen Umstände vorweggenommen, jedoch begründet die diesbezügliche «Aufgabenverteilung» selbst nur indirekt die Geltung des Doppelverwertungsverbots. Die (Vor-)Bewertung durch den Gesetzgeber bildet aber die Grundlage für den – nach vorliegender Ansicht – letztendlich einschlägigen Geltungsgrund: das *Schuldprinzip*. So konnte aufgezeigt werden, dass aufgrund der strafbegrenzenden und der strafbestimmenden Funktion der Schuld bereits die einmalige Verwendung einer verschuldensrelevanten Strafzumessungstatsache im Sinne eines realen Strafzumessungsgrunds zu deren «Verbrauch» unter Schuldgesichtspunkten führt. Ein solcher bereits «verbrauchter» Strafzumessungs-umstand kann nun nicht erneut zwecks Bestimmung der Verschuldenshöhe berücksichtigt werden, da ansonsten daraus eine schuldunangemessene Strafe resultieren würde. Das Verbot der doppelten Verwertung betrifft unbestrittenermassen gesetzliche Tatbestandsmerkmale, es kann sich aufgrund der Ableitung aus dem Schuldprinzip jedoch auch auf alle weiteren Strafzumessungsumstände erstrecken, die sich auf das Verschulden des Täters beziehen. Demgegenüber bedeutet der vorliegend angenommene Geltungsgrund aber auch, dass präventionsrelevante Umstände bei der Strafzumessung nicht unter das Verbot subsumiert werden können. Was dies insbesondere für die Strafzumessung i.w.S. bedeutet, wird noch genauer zu beleuchten sein.²¹⁹⁶

2196 Siehe hinten II.F.4.

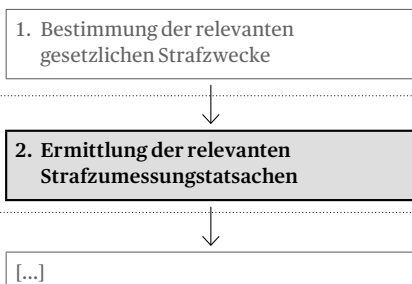
E. Einordnung des Doppelverwertungsverbots in das Strafzumessungssystem

Wurde soeben der Geltungsgrund des Doppelverwertungsverbots aufgezeigt, gilt es in einem nächsten Schritt zu eruieren, an welchem Punkt es in dem erarbeiteten Drei-Phasen- bzw. permeablen Fünf-Phasen-plus-eins-Modell²¹⁹⁷ einzuordnen ist. Wie schon erwähnt wurde, hängt die Bestimmung der Strafhöhe entscheidend davon ab, welche Strafzumessungsumstände im konkreten Fall den Täter be- und entlasten, da diese zu gewichten und gegeneinander abzuwägen sind.²¹⁹⁸ Dafür muss aber zuvor festgestellt worden sein, welche Umstände hierfür überhaupt verwertet werden dürfen. Das Doppelverwertungsverbot greift nun genau an diesem Punkt der gerichtlichen Vorgehensweise in den Strafzumessungsvorgang ein.²¹⁹⁹ Wie nämlich bereits bei der (summarischen) Begriffserklärung ausgeführt wurde, nimmt das Verbot bei der Bestimmung der zu berücksichtigenden Strafzumessungstatsachen eine eingrenzende Funktion (*Filterfunktion*) wahr, wenn es etwa Merkmale des gesetzlichen Tatbestands vom Zumessungsvorgang ausschliesst.²²⁰⁰ Im Rahmen der beiden vorliegenden Strafzumessungsmodelle ist das Doppelverwertungsverbot mithin bei den realen Strafzumessungsgründen resp. unter Phase 2 bei der Ermittlung der relevanten Strafzumessungstatsachen in das Strafzumessungssystem einzuordnen:

Drei-Phasen-Modell:



Permeables Fünf-Phasen-plus-eins-Modell:



Diese Ermittlung der relevanten Strafzumessungstatsachen betrifft den Hauptanwendungsbereich des Doppelverwertungsverbots. Ob das Verbot

2197 Vgl. vorne I.D.2. sowie I.D.2.d.a2.

2198 Vgl. vorne I.D.2.b.f.; s.a. AHLERS-GRZIBEK (2003), 73; STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 5.

2199 AHLERS-GRZIBEK (2003), 73 f.; WILCKEN (2004), 17.

2200 WILCKEN (2004), 13.

auch in anderen Phasen der Strafzumessung zur Anwendung gelangt (etwa bei der Strafzumessung i.w.S.), wird in den folgenden Kapiteln noch darzulegen sein.²²⁰¹

F. Geltungsbereiche

Da zuvor der Geltungsgrund des Doppelverwertungsverbots dargelegt und dieses in das Strafzumessungssystem eingeordnet wurde, stellt sich nun die Frage nach dessen *Geltungsbereichen*.²²⁰² Hierbei soll nachfolgend zwischen dem (sachlichen) Geltungsbereich i.w.S. und demjenigen i.e.S. unterschieden werden. Ersterer beantwortet die Frage, ob das Doppelverwertungsverbot auf sämtliche Strafzumessungsentscheide Anwendung findet, ganz gleich, ob es sich um Strafen für Delikte des Strafgesetzbuches oder anderer Bundesgesetze und kantonaler (Übertretungs-)Strafgesetze handelt. Der Teil zum Geltungsbereich i.e.S. geht sodann der Frage nach, welche konkreten Fallkonstellationen vom Verbot erfasst werden.

1. Geltungsbereich i.w.S.

Was zunächst den sachlichen Geltungsbereich i.w.S. anbelangt, so erstreckt sich dieser – gemäss dem Geltungsgrund des Schuldprinzips – auf alle Zumessungsentscheide, welche die Strafhöhe nach dem individuellen Verschulden des jeweiligen Täters festsetzen. Dies betrifft zunächst diejenigen Strafen, die gestützt auf die Zumessungsbestimmungen des Schweizerischen Strafgesetzbuchs festgesetzt werden (Art. 47 StGB für Verbrechen und Vergehen resp. Art. 106 Abs. 3 StGB für Übertretungen). Neben den Strafen gemäss den Tatbeständen des Besonderen Teils des Strafgesetzbuchs umfasst das Verbot erstens *qua* Verweis über Art. 333 StGB (Anwendung des Allgemeinen Teils auf andere Bundesgesetze) grundsätzlich auch diejenigen Strafen, die gestützt auf *andere Bundesgesetze* ausgesprochen werden und für die keine anderen (abweichenden) Bestimmungen aufgestellt werden.²²⁰³ Beispielhaft kann hier auf die Strafbestimmungen des Betäubungsmittelgesetzes (Art. 19 ff. BetmG), des Finanzmarktinfrastrukturgesetzes (Art. 147 ff. FinfraG), des Geldspiel-

2201 Vgl. hinten II.F.4.

2202 Vgl. dazu auch STRATENWERTH/BOMMER, die festhalten, dass noch weitgehend ungeklärt sei, «*welche sonstigen die Art und Weise der Tatbegehung auszeichnenden Momente bei der Strafzumessung ins Gewicht fallen können und wie sie gewertet werden sollten [...]»* (AT II³, § 5 N 23); vgl. auch STRATENWERTH/WOHLERS³, Art. 47 N 6.

2203 Vgl. BSK StGB II⁴-HILF, Art. 333 N 10.

gesetzes (Art. 130 ff. BGS), des Bundesgesetzes über den Datenschutz (Art. 34 f. DSGVO) oder des Waffengesetzes (Art. 33 ff. WG) verwiesen werden. Das Jugendstrafgesetzbuch verweist sodann in Art. 1 Abs. 2 lit. b JStG selbst auf die sinnngemässe Anwendbarkeit der Art. 47, 48 und 51 StGB, während das Militärstrafgesetz in Art. 41 MStG²²⁰⁴ eine eigene Strafzumessungsbestimmung aufstellt, die jedoch mit derjenigen von Art. 47 StGB beinahe vollständig übereinstimmt. Was Strafen betrifft, die nach *kantonalem Übertretungsstrafrecht* angeordnet werden, so findet sich in den jeweiligen kantonalen (Übertretungs-)Strafgesetzen grundsätzlich ebenfalls ein Verweis auf die bundesrechtlichen Vorschriften des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches.²²⁰⁵ Zumindest das Schuldprinzip i.e.S. – im Sinne des Grundsatzes «keine Strafe ohne Schuld» – dürften die Kantone aber ohnedies nicht wegbedingen, da dies für Bestimmungen des Allgemeinen Teils mit verfassungsrechtlichem Gehalt ausgeschlossen ist.²²⁰⁶ Keine (praktische) Anwendung findet das Doppelverwertungsverbot jedoch auf Sanktionen gestützt auf das bundesrechtliche und kantonale Ordnungsbussenverfahren, da es sich hierbei um die Bestrafung von Gesetzesverstössen handelt, die einen relativ geringen Unrechtsgehalt aufweisen, und daher nicht auf individuelle Strafzumessungsumstände abgestellt wird; die konkrete Höhe der Ordnungsbusse bestimmt sich vielmehr ausschliesslich nach dem in der Ordnungsbussenliste festgesetzten Bussenbetrag.²²⁰⁷

2. Geltungsbereich i.e.S.

Was den fallspezifischen Geltungsbereich anbelangt, so wäre man grundsätzlich geneigt, von einem relativ eingegengten Wirkungskreis auszugehen, würde man sich hierfür lediglich vergleichend an den gesetzlichen Bestimmungen,

2204 «¹ Das Gericht misst die Strafe nach dem Verschulden des Täters zu. Es berücksichtigt das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse und die militärische Führung sowie die Wirkung der Strafe auf das Leben des Täters.

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

2205 Vgl. etwa § 2 Abs. 1 des Übertretungsstrafgesetzes des Kantons Basel-Stadt; § 1 Abs. 1 des Gesetzes über das kantonale Strafrecht des Kantons Bern; § 1 Abs. 1 des Übertretungsstrafgesetzes des Kantons Luzern; Art. 3 des Code pénal neuchâtelois; § 1 des Gesetzes über das kantonale Strafrecht und die Einführung des Schweizerischen Strafgesetzbuches des Kantons Solothurn; § 2 Abs. 1 des Gesetzes über das kantonale Strafrecht und den Vollzug von Strafen und Massnahmen des Kantons Zürich.

2206 BGE 118 Ia 305, E. 7; 117 Ia 491, E. 1; 112 Ia 107, E. 3; 103 Ia 225, E. 3; 103 Ia 95, E. 4; 96 I 24, E. 4; BSK StGB II⁴-HILF, Art. 335 N 6.

2207 Vgl. etwa § 22 ff. des Übertretungsstrafgesetzes des Kantons Basel-Stadt oder Art. 1 Abs. 2 i.V.m. Art. 15 OBG.

die sich in Deutschland und Österreich zum Doppelverwertungsverbot äussern, orientieren. Gemäss dem Wortlaut des deutschen Strafgesetzbuches in § 46 Abs. 3 bezieht sich das dort normierte Verbot auf «Umstände, die schon Merkmale des gesetzlichen Tatbestandes sind», während die österreichische Bestimmung gem. § 32 Abs. 2 StGB/Ö es auf «die Erschwerungs- und die Milderungsgründe» anwendet, «soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen». Aufgrund der für das schweizerische Strafzumessungsrecht mangelnden Normierung des Doppelverwertungsverbots und der damit fehlenden Eingrenzung desselben könnte mithin darauf geschlossen werden, dass das Verbot im schweizerischen Kontext einen ungleich weiteren Geltungsbereich beansprucht als im deutschen und österreichischen Rechtskreis und lediglich durch das Schuldprinzip selbst begrenzt würde. Doch auch die deutsche und österreichische Lehre und Praxis haben den Geltungsbereich des Doppelverwertungsverbots über den Wortlaut der jeweiligen gesetzlichen Bestimmung hinaus erweitert.²²⁰⁸

Im Folgenden gilt es nun gestützt auf das Schuldprinzip als Geltungsgrund des Verbots dessen Reichweite in Bezug auf verschiedene Zumessungskonstellationen zu untersuchen. Wie bereits festgehalten wurde, kann sich das Doppelverwertungsverbot hinsichtlich eines verschuldensrelevanten Umstands *zugunsten* oder *zulasten* des Täters auswirken.²²⁰⁹ Aufgrund der Bezugnahme auf das Schuldprinzip im Sinne des Strafzumessungsverschuldens zeigt sich hier erneut, dass es von immenser Wichtigkeit ist, sich darüber im Klaren zu sein, welche Strafzumessungstatsachen überhaupt das Verschulden betreffen und welche demgegenüber (rein) präventive Gesichtspunkte umfassen. Entsprechend kann zu den realen Strafzumessungsgründen und deren Zuteilung grundsätzlich auf die eingehenden Ausführungen im ersten Teil der vorliegenden Arbeit verwiesen werden.²²¹⁰ Nachfolgend soll aber gleichwohl noch eine Übersicht über den Geltungsbereich i.e.S. des Doppelverwertungsverbots in Bezug auf diejenigen Strafzumessungsumstände erfolgen, welche einige der für die Praxis relevantesten Fallkonstellationen

2208 Vgl. etwa für Deutschland: BGH, Urteil 2 StR 478/13 vom 11. Dezember 2013; 5 StR 299/13 vom 4. Juli 2013; 2 StR 577/10 vom 27. Januar 2011; 2 StR 489/10 vom 27. Oktober 2010; AHLERS-GRZIBEK (2003), 81 ff.; EHRHARDT (1965), 86 ff.; EL-GHAZI, JZ 2014, 184 ff.; SSW StGB⁵-ESCHELBACH, § 46 N 205 ff.; FAHL, ZStW 1999, 159; FANDRICH (2010), 49 ff.; BKK⁷⁰-FISCHER, § 46 N 76a ff.; S/S³⁰-KINZIG, § 46 N 45 ff.; SCHÄFER/SANDER/VAN GEMMEREN⁶, Rz. 689 ff.; SCHALL/SCHIRRMACHER, Jura 1992, 626 f.; LK StGB IV¹³-U. SCHNEIDER, § 46 N 253 ff.; SEEBALD, GA 1975, 231 ff.; NK StGB I⁵-STRENG, § 46 N 133 ff.; Komm. Strafgesetzbuch⁴-VON HEINTSCHEL-HEINEGG, § 46 N 127; vgl. aber auch BGH, Urteil 1 StR 62/90 vom 14. August 1990; 5 StR 109/15 vom 14. April 2015; für Österreich: WK StGB²-EBNER, § 32 N 61 ff.; Leukauf/Steininger²-TIPOLD, § 32 N 14; ZAGLER, AnwBl 1976, 481 ff.

2209 Vgl. vorne II.D.5.b.

2210 Vgl. vorne I.D.2.b.

betreffen. Hierbei wird aber keinesfalls eine Vollständigkeit angestrebt. Angesichts des nun aber klaren Geltungsgrundes des Verbots sollte es auch in Bezug auf nachfolgend nicht behandelte Fragestellungen möglich sein, die Geltung des Doppelverwertungsverbots im entsprechenden Bereich zu bejahen oder zu verneinen.

a. Tatbestandsmerkmale

Grundsätzlich keine Probleme bereitet die Beurteilung von «einfachen» Fällen, bei denen das Gericht *expressis verbis* ein subjektives oder objektives *Tatbestandsmerkmal* nochmals als Strafzumessungsgrund verwendet, durch das die Strafbarkeit wegen einer Strafnorm überhaupt erst begründet wird.²²¹¹ Hierbei handelt es sich unter Verschuldensgesichtspunkten durchwegs um unzulässige Straferhöhungs- bzw. Minderungsgründe.²²¹² Als Beispiel kann der bereits erwähnte Fall zur Frage, ob bei einer fahrlässigen Tötung das Merkmal der Tötung eines Menschen an sich als Straferhöhungsgrund innerhalb des Strafrahmens des Tatbestands berücksichtigt werden kann, herangezogen werden. Der Tatbestand des Art. 117 StGB setzt bereits voraus, dass fahrlässig der Tod eines Menschen verursacht wurde. Da die Tötung also an jeder Stelle des Strafrahmens vorausgesetzt ist, ist dieses Merkmal untauglich, etwas zur Bestimmung der im konkreten Einzelfall auszusprechenden Strafe innerhalb des vorgegebenen Strafrahmens beizutragen.²²¹³ Dies hat auch für jeden anderen Fall der Tötung eines Menschen zu gelten; etwa, wenn dem Täter bei

2211 Vgl. BGer, Urteil 6B_1024/2021 vom 2. Juni 2022, E. 5.2.2; OGer ZH, Urteil SE100016 vom 25. November 2010, E. 3.3; ALBERTS (1985), 114; BRUNS/GÜNTGE³, 171; BUNZ, Jura 2011, 16; Matt/Renzikowski²-BUSSMANN, § 46 N 51; EL-GHAZI, JZ 2014, 182; Komm. Strafgesetzbuch⁴-VON HEINTSCHEL-HEINEGG, § 46 N 128.

2212 BGer, Urteil 6B_502/2019 vom 27. Februar 2020, E. 3.4 («*Dass die Beschwerdeführerin die gesetzlichen Tatbestandsmerkmale verwirklicht hat, ist Voraussetzung für einen Schuldspruch und kann nicht zur Bestimmung der für die einzelne Tat schuldangemessenen Strafe beitragen respektive nochmals [straf erhöhend] berücksichtigt werden [...]»*); 6B_567/2017 vom 22. Mai 2018, E. 4.3; 6B_785/2015 vom 18. November 2015, E. 1.3; 6B_596/2012 vom 25. April 2013, E. 5.4; 6S.44/2007 vom 6. Juni 2007, E. 4.3.2; unv. Urteil 6S.84/1998 vom 28. Januar 1999, E. 8a («*[...] bestimmte Umstände, welche Tatbestandsmerkmale oder gesetzliche Qualifikationsgründe darstellen [...]»*); vgl. auch BStGer, Urteil SK.2010.17 vom 17. Dezember 2010, E. 4.2.2a; AppGer BS, Urteil SB.2019.9 vom 2. Februar 2021, E. 5.3 («*die Tatbestands erfüllt als solche hat sich bereits im Eröffnen des gesetzlichen Strafrahmens niedergeschlagen und ist in ihrer Bedeutung für die Strafmassfindung insoweit verbraucht, sonst würde dem Täter der gleiche Umstand zwei Mal zur Last gelegt oder zu Gute gehalten [...]»*); OGer ZH, Urteil SE100016 vom 25. November 2010, E. 3.3; so auch BRUNS² (1985), 133; DERS., in: FS Mayer, 355 f.; DETTER, in: FS BGH, 699; GRIBBOHM, in: FS Salger, 41; JUNG, JR 1931, 18; SCHÄFER/SANDER/VAN GEMMEREN⁶, Rz. 690; ZAGLER, AnwBl 1976, 481.

2213 BRUNS, in: FS Mayer, 356; SCHÄFER/SANDER/VAN GEMMEREN⁶, Rz. 691; STRENG, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius, Bd. 3, § 66 N 202; vgl. auch DETTER, in: FS BGH, 699.

einem Tötungsvorwurf angelastet wird, er habe sich «über das Leben eines anderen hinweggesetzt».²²¹⁴ Ganz grundsätzlich schreitet das Doppelverwertungsverbot auch ein, wenn einem Täter generell straf erhöhend vorgeworfen wird, die Tat «überhaupt begangen»,²²¹⁵ «kriminelle Wege eingeschlagen»²²¹⁶ oder «gegen Rechtspflichten» verstossen zu haben,²²¹⁷ da dies für jede Deliktsbegehung vorausgesetzt wird.

Obwohl es sich bei der allgemeinen Berücksichtigung eines expliziten Tatbestandsmerkmals um eine der offensichtlichsten Verletzungen des Doppelverwertungsverbots handelt, begehen auch heute noch Gerichte den Fehler, *allein* einen solchen Umstand im Rahmen der objektiven Tatschwere straf erhöhend zu werten. So führte das Obergericht Zürich in einem Entscheid vom 26. Juni 2017 aus: «Zur Tatkomponente und dort zur objektiven Tatschwere: Der Beschuldigte vernichtete das Leben und somit das höchste Rechtsgut des Geschädigten.»²²¹⁸ Richtigerweise hielt daraufhin das Bundesgericht fest, dass die Rechtsgutsverletzung als solche unergiebig sei, wenn es um eine Tötung gehe. Die vorinstanzlich angeführte «Vernichtung des höchsten Rechtsguts» begründe nämlich erst den Tatbestand des Art. 111 StGB. Der mit der Tötung als solcher verbundene Unrechtsgehalt könne aber nicht abgestuft werden. Insoweit sei aus der Rechtsgutverletzung allein vorliegend nichts für die Strafzumessung abzuleiten.²²¹⁹ Auch in Bezug auf einen anderen Entscheid des Obergerichts Aargau betr. eine (eventual-)vorsätzliche Tötung stellte das Bundesgericht fest, dass «die gesetzliche Mindeststrafe von 5 Jahren das für die Taterfüllung notwendige Unrecht – den Tod eines Menschen – schon beinhaltet.»²²²⁰ Als ebenfalls unzulässig muss des Weiteren die straf erhöhende Berücksichtigung der zur Durchführung eines Tötungsdelikts *erforderlichen* Gewalt resp. Einwirkung auf den Körper des Opfers gelten,²²²¹ die ebenfalls für jede entsprechende Tatbestandsverwirklichung unterschiedslos vorausgesetzt sind, nicht jedoch eine über die Tatbestandserfüllung erforderliche hinausgehende (brutale) Vorgehensweise.²²²²

2214 BGH, Urteil 2 StR 688/81 vom 11. Dezember 1981; vgl. auch ALBERTS (1985), 114.

2215 BRUNS/GÜNTGE², 176; Matt/Renzikowski²-BUSSMANN, § 46 N 52; BKK⁷⁰-FISCHER, § 46 N 76b; S/S³⁰-KINZIG, § 46 N 46.

2216 BGH, Urteil 2 StR 313/12 vom 7. August 2012.

2217 Vgl. SCHÄFER/SANDER/VAN GEMMEREN⁶, Rz. 691.

2218 OGer ZH, Urteil SB170054 vom 26. Juni 2017, E. III.2.1.

2219 BGer, Urteil 6B_1038/2017 vom 31. Juli 2018, E. 2.6.1.

2220 BGer, Urteil 6B_567/2017 vom 22. Mai 2018, E. 4.3.

2221 Vgl. BGH, Urteil 5 StR 355/15 vom 14. Oktober 2015.

2222 Vgl. dazu hinten II.F.3.; Komm. Strafgesetzbuch⁴-VON HEINTSCHEL-HEINEGG, § 46 N 137.

Ein weiterer Verstoss gegen das Doppelverwertungsverbot liegt etwa vor, wenn der Täter für die Anwendung von Gewalt gegen Beamte eine Straferhöhung aus dem Grund erhält, dass er seine Angriffshandlungen gegen «Repräsentanten des Staats» gerichtet hat; die Regelung von Art. 285 StGB setzt zwecks Tatbestandsverwirklichung eine Drohung oder Gewalt gegen einen *Beamten* nämlich bereits voraus und kann daher nicht nochmals verwertet werden.²²²³ Eine Verletzung wurde auch festgestellt bei der Begründung des erstinstanzlichen Gerichts, der Täter habe beim gewerbsmässigen Diebstahl – als straf erhöhende Tatkomponente – «keinerlei Respekt vor fremdem Eigentum» gehabt. Das Berufungsgericht erkannte zutreffend, dass dieser Umstand bereits den verschiedenen Delikten gegen das Vermögen immanent sei und daher nicht herangezogen werden könne, um die Höhe des Verschuldens innerhalb des Strafrahmens zu bestimmen.²²²⁴ Ein Verstoss gegen das Doppelverwertungsverbot liegt ausserdem darin, die Strafe für den Tatbestand der qualifizierten groben Verkehrsregelverletzung nach Art. 90 Abs. 3 SVG mit Verweis auf «das rücksichtslose Verhalten, das grosse Risiko und dessen Verwirklichung» zu erhöhen, da diese Umstände bereits zur Begründung des (qualifizierten) Tatbestands herangezogen werden.²²²⁵ Nicht (erneut) berücksichtigt werden kann des Weiteren der Umstand, dass der Täter bei einer Vergewaltigung (Art. 190 StGB) oder sexuellen Nötigung (Art. 189 StGB) – ohne einen weiteren Nötigungsgrund erfüllt zu haben – «nicht völlig unerhebliche Gewalt ausgeübt hat», da die Gewaltanwendung bereits vom Tatbestand vorausgesetzt wird. Gleiches gilt für den straf erhöhenden Vorwurf, der Täter habe etwa bei den beiden soeben genannten Sexualstraftaten den Willen des Opfers gebrochen.²²²⁶ Eine doppelte Verwertung wäre ferner auch der Vorwurf gestützt auf Art. 19 Abs. 1 lit. c BetmG (bzw. Art. 19 Abs. 2 lit. c BetmG für den gewerbsmässigen Handel), der Täter veräussere Betäubungsmittel bzw. treibe mit diesen aus «Gewinnsucht» Handel, da dies für den Verkauf grundsätzlich vorausgesetzt wird.²²²⁷ Gleiches gilt für die Begehung einer Körperverletzung, wenn diese damit begründet wird, dass der Geschädigte «Verletzungen davontrug bzw. Schmerzen erlitt».²²²⁸ Das Doppelverwertungsverbot kommt

2223 Vgl. dazu BGH, Urteil 2 StR 119/13 vom 9. Oktober 2013.

2224 AppGer BS, Urteil SB.2021.14 vom 14. Juli 2021, E. 4.4.

2225 BGer, Urteil 6B_567/2017 vom 22. Mai 2018, E. 4.3; vgl. auch BGer, Urteil 6B_502/2019 vom 27. Februar 2020, E. 3.4.

2226 SCHÄFER/SANDER/VAN GEMMEREN⁶, Rz. 691.

2227 Vgl. BGH, Urteil 2 StR 73/12 vom 17. April 2012; SCHÄFER/SANDER/VAN GEMMEREN⁶, Rz. 691a; u.U. strafmindernd berücksichtigt werden könnte jedoch der Umstand, dass der Täter im Endergebnis aus dem Handel keinen Vorteil für sich behält, vgl. BGH, Urteil 3 StR 471/79 vom 30. Januar 1980.

2228 BGH, Urteil 2 StR 540/14 vom 29. April 2015; SCHÄFER/SANDER/VAN GEMMEREN⁶, Rz. 691.

ausserdem zur Anwendung, wenn der Umstand des Vorliegens von «erheblichen Schmerzen» das entscheidende Tatbestandsmerkmal für die Abgrenzung der einfachen Körperverletzung zur blossen Tätlichkeit darstellt (ohne dass bleibende Spuren hinterlassen wurden), weshalb es innerhalb des neuen Strafrahmens nicht *per se* erneut verschuldenserhöhend berücksichtigt werden kann.²²²⁹ Schliesslich ist es bspw. auch verboten, dem Täter strafe erhöhend vorzuwerfen, er habe sich hinsichtlich des Tatbestands des Vergehens gegen Art. 33 Abs. 1 lit. a WG in Verbindung mit Art. 27 Abs. 1 WG (Tragen einer Waffe ohne Bewilligung) «keinen Deut um gesetzliche und behördliche Anordnungen [geschert]». ²²³⁰

In subjektiver Hinsicht darf etwa nicht der strafe erhöhende Vorwurf erhoben werden, der Täter habe den Erfolg in Kauf genommen,²²³¹ da dies – bei vielen Delikten – überhaupt erst die Mindestvoraussetzung für die Bejahung des subjektiven Tatbestands darstellt.²²³² Gegen das Doppelverwertungsverbot verstösst ferner der strafe erhöhende Vorhalt, der Täter habe bei einer falschen Anschuldigung «den Mitangeschuldigten [...] wider besseres Wissen eines schweren Delikts»²²³³ bezichtigt, da dies bereits gem. Art. 303 Ziff. 1 Abs. 1 StGB subjektiv zwecks Begründung der Strafbarkeit vorausgesetzt wird.

b. Qualifizierungs- und Privilegierungsmerkmale

Vom Verbot umfasst wird auch die doppelte Verwertung von *Qualifizierungs- und Privilegierungsmerkmalen*.²²³⁴ Zu diesem Anwendungsbereich – und nicht zu Tatbestandsmerkmalen im Allgemeinen – hat sich das Bundesgericht, wie bereits dargelegt wurde, denn zunächst auch in seiner Rechtsprechung zur «Einführung» des Doppelverwertungsverbots geäussert.²²³⁵ Dies mag

2229 AppGer BS, Urteil SB.2019.70 vom 15. September 2021, E. 4.3.2.1.

2230 So OGer ZH, Urteil SE030008 vom 26. Januar 2004, E. II.3.

2231 Vgl. EL-GHAZI, JZ 2014, 182; für die zulässigen (strafe erhöhenden) Abstufungen des Vorsatzes vgl. aber hinten II.F.3.

2232 So etwa bei der vorsätzlichen Tötung gem. Art. 111 StGB: BGE 103 IV 65, E. I.2; BGer, Urteil 6B_411/2012 vom 8. April 2013, E. 1.3 f.; 6S.324/2006 vom 6. November 2006, E. 8.4.2; 6S.253/1999 vom 12. Januar 2000, E. 1; BSK StGB I⁴-SCHWARZENEGGER, Art. 111 N7; StGB PK⁴-TRECHSEL/GETH, Art. 11 N1.

2233 OGer ZH, Urteil SE090024 vom 17. November 2009, E. III.2b («*In der nachfolgenden Strafuntersuchung bezichtigte er den Mitangeschuldigten [...] ohne jeden Anlass [...] eines schweren Delikts [...]*»).

2234 CR CP I²-PELLET, Art. 47 N 2; DREHER, JZ 1957, 155; EL-GHAZI, JZ 2014, 183; FANDRICH (2010), 42; MK⁴-MAIER, § 46 N 532; PC CP², Art. 47 N 24; AK StGB-SIMMLER/SELMAN, Art. 47 N 9; StGB PK⁴-TRECHSEL/M. SEELMANN, Art. 47 N 34; Komm. Strafgesetzbuch⁴-VON HEINTSCHEL-HEINEGG, § 46 N 128; BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 102; HK StGB⁴-WOHLERS, Art. 47 N 9.

2235 Vgl. vorne II.C.4.

möglicherweise darin begründet liegen, dass sich das in den Vorentwürfen des Schweizerischen Strafgesetzbuchs – bis zum Departementsentwurf aus dem Jahre 1917 – enthaltene Doppelverwertungsverbot nur zum Falle des Vorliegens mehrerer Milderungsgründe – im Zusammenhang mit privilegierenden Tatbeständen – äusserte²²³⁶ und sich mithin auch das Bundesgericht zunächst auf strafrahmenverändernde Fallkonstellationen konzentrierte.²²³⁷ Erst in seinen späteren Entscheiden – soweit ersichtlich erstmals in einem unveröffentlichten Urteil vom 28. Januar 1999²²³⁸ – nannte es auch explizit Tatbestandsmerkmale des Grundtatbestands als vom Verbot umfasst.²²³⁹ Bei den Qualifizierungs- und Privilegierungsmerkmalen handelt es sich systematisch eigentlich um einen *Unterfall* des Geltungsbereichs von Tatbestandsmerkmalen. Wie beim Umstand, dass durch das Vorliegen eines Tatbestandsmerkmals die Strafbarkeit – und dadurch ein Strafrahmen – überhaupt erst begründet wird, wird durch den jeweils vorliegenden Qualifizierungs- oder Privilegierungsgrund nämlich ein neuer (erweiterter oder engerer) Strafrahmen geschaffen.²²⁴⁰ Innerhalb dieses neuen Strafrahmens kann nun allein das Vorliegen des gleichen Umstands, der bereits notwendige Voraussetzung der Strafrahmenverschiebung ist, ebenfalls nicht noch zusätzlich verschuldensmindernd oder -erhöhend berücksichtigt werden.²²⁴¹ Dies gilt etwa für die Gewerbsmässigkeit²²⁴², die Zugehörigkeit zu einer Bande²²⁴³ resp. die diesbezügliche strafehöhende Feststellung, der Täter sei planmässig und

2236 So etwa Art. 63 Ziff. 2 VE-StGB/1916: «Gehört ein solcher mildernder Umstand bereits zum Tatbestand eines Vergehens, so tritt eine weitere Strafmilderung wegen dieses mildernden Umstandes nicht ein [...]»; vgl. dazu auch die Diskussionen in den Expertenkommissionen (vorne II.C.3.)

2237 Siehe vorne II.C.4.a.

2238 BGer, unv. Urteil 6S.84/1998 vom 28. Januar 1999, E. 8a.

2239 Vgl. vorne Fn. 2212.

2240 Vgl. Matt/Renzikowski²-BUSSMANN, § 46 N 51; ZAGLER, AnwBl 1976, 481.

2241 BGE 142 IV 14, E. 5.4; 141 IV 61, E. 6.1.3; 120 IV 67, E. 2b; 118 IV 342, E. 2b; BGer, Urteil 6S.21/2003 vom 11. März 2003, E. 3.2.2 («[...] les circonstances qui conduisent à élever ou à diminuer le cadre de la peine, comme la circonstance aggravante de la bande [...], de la cruauté en cas de brigandage ou de la quantité de drogue vendue [...], ne doivent pas être prises en considération une seconde fois comme éléments aggravants ou atténuants dans le cadre modifié de la peine [...]»); AppGer BS, Urteil SB.2020.92 vom 12. Januar 2022, E. 7.1.1.4; TC VD, Urteil CAPE 2014.124 vom 9. April 2014, E. 6.1; CAPE 2015.271 vom 20. Mai 2015, E. 3.2, 3.4; OGer ZH, Urteil SB130132 vom 29. Juni 2015, E. 6.1; WIPRÄCHTIGER, ZStrR 1996, 450; ZAGLER, AnwBl 1976, 481.

2242 OGer ZH, Urteil SBO00564 vom 22. Februar 2001 E. 3.2 («Dass der Angeklagte gewerbsmässig handelte, kann nicht strafehöhend berücksichtigt werden, weil die Gewerbsmässigkeit bereits bei der Erweiterung des Strafrahmens ihren Niederschlag fand [...]»).

2243 BGE 72 IV 110, E. 3; ARZT, recht 1994, Rz. 60; S/S³⁰-KINZIG, § 46 N 45a; MATHYS², Rz. 133; PC CP², Art. 47 N 24.

arbeitsteilig vorgegangen²²⁴⁴, oder die Gefährdung der Gesundheit vieler Menschen bei einer qualifizierten Menge von Betäubungsmitteln.²²⁴⁵ Verboten ist etwa auch die doppelte Berücksichtigung der Skrupellosigkeit der Beweggründe und Ziele oder der Verwerflichkeit des Handelns an sich beim Mord nach Art. 112 StGB.²²⁴⁶

Die in der schweizerischen Lehre am häufigsten im Zusammenhang mit dem Doppelverwertungsverbot besprochenen Konstellationen betreffen schliesslich diejenigen Fälle, in denen Tatumstände, deren Vorliegen zwecks Anwendung eines privilegierenden Tatbestands vorausgesetzt ist und bei denen es sich oftmals auch um explizit in Art. 48 StGB aufgeführte Milderungsgründe handelt, innerhalb des neuen Strafrahmens erneut strafmildernd herangezogen werden.²²⁴⁷ Auf diese Konstellationen bezogen sich auch die Bestimmungen zum Doppelverwertungsverbot in den ersten Entwürfen des Schweizerischen Strafgesetzbuchs.²²⁴⁸ Häufig besprochene Anwendungsbereiche in diesem Zusammenhang betreffen so u.a. den Fall, dass im Rahmen des Totschlags gem. Art. 113 StGB diejenigen Umstände, die eine heftige Gemütsbewegung oder grosse seelische Belastung überhaupt erst begründen, unzulässigerweise für eine zusätzliche Strafmilderung nach Art. 48 lit. c StGB berücksichtigt werden; diese Zumessungsumstände sind dem Delikt bereits inhärent und bringen damit die geringere abstrakte Strafwürdigkeit im Vergleich zur vorsätzlichen Tötung oder sogar dem Mord zum Ausdruck.²²⁴⁹ Häufige Fehler sind sodann die gleichzeitige Anwendung von Art. 113 und Art. 16 Abs. 1 StGB hinsichtlich der heftigen Gemütsbewegung als Folge der

2244 BGH, Urteil 1 StR 491/17 vom 21. November 2017; Komm. Strafgesetzbuch⁴-VONHEINTSCHEL-HEINEGG, § 46 N 128.3.

2245 Vgl. ARZT, recht 1994, Rz. 60.

2246 AppGer BS, Urteil SB.2017.49 vom 8. Juni 2018, E. 5.1; TC VD, Urteil CAPE 2014.124 vom 9. April 2014, E. 6.3; OGer ZH, Urteil SB140306 vom 10. März 2015, E. 6.2; DISCH (1999), 326 f.; AK StGB-EGE, Art. 112 N 8; BSK StGB I⁴-SCHWARZENEGGER, Art. 112 N 31; es gilt anzumerken, dass die h.L. bei Art. 112 StGB strenggenommen nicht von einem qualifizierten Tatbestand, sondern von einer Strafzumessungsvorschrift mit Regelbeispielen ausgeht (vgl. BSK StGB I⁴-SCHWARZENEGGER, Art. 112 N 7, 31), wobei dies hinsichtlich der Anwendung des Doppelverwertungsverbots zu keiner Änderung führt.

2247 Vgl. vorne II.C.5.

2248 Vgl. vorne II.C.3.

2249 BGE 142 IV 14, E. 5.4; vgl. auch BGer, Urteil 6P.119/2003 vom 20. Januar 2004, E. 7.5; 6S.825/2000 vom 4. April 2001, E. 2c/aa («Der Beschwerdeführer wurde wegen Totschlags im Sinne von Art. 113 StGB verurteilt. Die Vorinstanz stellt in diesem Zusammenhang [...] zu Recht fest, dass die Tatumstände, die zur Annahme des privilegierten Tatbestands des Totschlags führen, bei der Strafzumessung nicht ein zweites Mal strafmildernd oder mildernd in Anschlag gebracht werden können [...]»); AK StGB-EGE, Art. 113 N 10; PK⁴-TRECHSEL/GETH, Art. 113 N 17; ZAGLER, AnwBl 1976, 481; m.w.H. zu speziellen Konstellationen: EGE, ZStrR 2018, 496; BSK StGB I⁴-SCHWARZENEGGER, Art. 113 N 24.

Bestürzung über einen unrechtmässigen Angriff²²⁵⁰ oder die doppelte Berücksichtigung «achtenswerter» Beweggründe nach Art. 48 lit. a Ziff. 1 StGB bei der Tötung auf Verlangen nach Art. 114 StGB.²²⁵¹ Von einer doppelten Verwertung ausgeschlossen ist ausserdem eine verminderte Schuldfähigkeit im Sinne von Art. 19 Abs. 2 StGB, wenn diese etwa allein auf die für die Anwendung von Art. 113 StGB vorausgesetzte heftige Gemütsbewegung zurückzuführen ist.²²⁵² Art. 19 Abs. 2 StGB ist jedoch dann zusätzlich anwendbar, wenn *neben* den Voraussetzungen des privilegierenden Tatbestands weitere Umstände vorliegen, die eine verminderte Schuldfähigkeit begründen.²²⁵³ Das Doppelverwertungsverbot verbietet auch eine erneute Berücksichtigung der verminderten Schuldfähigkeit aufgrund des Geburtsvorgangs gem. Art. 116 StGB und wegen heftiger Gemütsbewegung oder schwerer Bedrängnis nach Art. 48 lit. a Ziff. 2 StGB oder Art. 19 Abs. 2 StGB – sofern die verminderte Schuldfähigkeit gemäss letztgenannter Norm nicht aus anderen Gründen zusätzlich angenommen werden kann.²²⁵⁴

c. Tatbestandsalternativen

Ein Tatbestandsmerkmal kann für die Strafzumessung überdies von Bedeutung sein, wenn ein Tatbestand für unterschiedlich schwerwiegende Verhaltensweisen denselben Strafraumen androht. Nach der in Deutschland h.L. soll das Doppelverwertungsverbot hier nicht gelten.²²⁵⁵ Dem ist unter Vorbehalt zuzustimmen: Grundsätzlich ist zwar davon auszugehen, dass der Gesetzgeber alternative Tatbestandsverwirklichungen als gleichwertig ansehen wollte, da andernfalls unterschiedliche Strafdrohungen vorgesehen wären (vgl. z.B. die verschiedenen Strafraumen in Art. 139 StGB für «normalen» Diebstahl, Gewerbsmässigkeit, Mitführen einer Schusswaffe etc.). In Fällen, in denen für *offensichtlich* unterschiedlich schwere Tatbestandsalternativen

2250 BGE 142 IV 14, E. 5.4; BSK StGB I⁴-BOMMER/DITTMANN, Art. 19 N 80; OFK StGB²¹-DONATSCH, Art. 113 N 7; PC CP², Art. 113 N 26; WIPRÄCHTIGER, ZStrR 1996, 451; vgl. auch PK⁴-TRECHSEL/GETH, Art. 113 N 17.

2251 STRATENWERTH/BOMMER BT I⁸, § 1 N 46.

2252 BSK StGB I⁴-BOMMER/DITTMANN, Art. 19 N 82; EGE (2017), 265 f.; J. GRAVEN, ZStrR 1960, 145 f.; BSK StGB I⁴-SCHWARZENEGGER, Art. 113 N 24; PK⁴-TRECHSEL/GETH, Art. 113 N 17; vgl. dazu noch OGer ZH, Urteil vom 7. Dezember 1950, auszugsweise abgedruckt in: ZR 1951, 265 sowie RS 1952, 86; zu diesem Entscheid kritisch SCHUBARTH (1982), Art. 113 N 24.

2253 EGE (2017), 264 f.; J. GRAVEN, ZStrR 1960, 146; vgl. auch BSK StGB I⁴-BOMMER/DITTMANN, Art. 19 N 82.

2254 BGer, Urteil 6B_1311/2019 vom 5. März 2020, E. 2.3.1; AK StGB-EGE, Art. 116 N 7; PC CP², Art. 116 N 14 f.; BSK StGB I⁴-SCHWARZENEGGER/GURT, Art. 116 N 9; PK⁴-TRECHSEL/GETH, Art. 116 N 6.

2255 FAHL (1996), 39 ff.; SCHÄFER/SANDER/VAN GEMMEREN⁶, Rz. 695; LK StGB II¹²-THEUNE, § 46 N 266.

jedoch derselbe Strafraum vorgegeben ist, nach Verschuldensgesichtspunkten jedoch keine Gleichwertigkeit angenommen werden kann, muss bei der konkreten Strafzumessung je nach Schwere des vorwerfbaren Unrechts eine Abstufung vorgenommen werden.²²⁵⁶ Dies wird etwa bei den Strafbestimmungen des SVG deutlich, bei denen gem. Art. 100 Ziff. 1 Abs. 1 SVG auch die fahrlässige Begehung strafbar ist, sofern es das Gesetz nicht ausdrücklich anders bestimmt. Art. 90 Abs. 2 SVG droht so z.B. derjenigen Person Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe an, die durch grobe Verletzung der Verkehrsregeln eine ernstliche Gefahr für die Sicherheit anderer hervorruft oder in Kauf nimmt, gleichgültig, ob die Tat *vorsätzlich oder fahrlässig* begangen wurde.²²⁵⁷ Bei der Einordnung der Tatbestandsvariante in den durch Art. 90 Abs. 2 SVG vorgegebenen Strafraum gilt es entsprechend zu beachten, auf welche Art und Weise (Vorsatz oder Fahrlässigkeit) der Täter den Tatbestand verwirklicht hat.

Keine Geltung hat dies aber bspw. für die tatbestandlichen Voraussetzungen des Eintritts des Todes oder der Körperverletzung eines Menschen als Folge eines Raufhandels gem. Art. 133 StGB, auch wenn diese auf den ersten Blick in verschuldensmässiger Hinsicht als offensichtlich verschiedenartige Tatbestandsalternativen erscheinen mögen. Hierbei handelt es sich jedoch um objektive Strafbarkeitsbedingung, die lediglich als Indiz für das Ausmass der Gefährdung der tatbestandlichen Handlung dienen und nicht den Rest einer Erfolgshaftung darstellen; die Schwere der Verletzung oder der Umstand, dass sogar der Tod eines Menschen eingetreten ist, darf daher keinen Einfluss auf die Verschuldens- und damit die Strafhöhe haben.²²⁵⁸

d. Deliktmehrheit

Ein Verstoß gegen das Doppelverwertungsverbot liegt des Weiteren vor, wenn einem Täter im Falle der Verwirklichung mehrerer Delikte, die zueinander in echter Konkurrenz stehen, *derselbe* verschuldensrelevante Umstand mehrmals – bei verschiedenen Straftatbeständen – zur Last gelegt wird. So wies das Bundesgericht die Vorinstanz etwa darauf hin, dass sie gegen das Doppel-

2256 Vgl. auch EHRHARDT (1965), 101; MK⁴-MAIER, § 46 N 534; LK StGB IV¹³-U. SCHNEIDER, § 46 N 256; EL-GHAZI, JZ 2014, 183 f. und Komm. Strafgesetzbuch⁴-VON HEINTSCHEL-HEINEGG, § 46 N 130, sprechen von einer «*teleologischen Reduktion*» des Doppelverwertungsverbots.

2257 Vgl. BSK SVG-FIOLKA, Art. 90 N 92; im Gegensatz etwa zu den unterschiedlichen Strafraum bei der vorsätzlichen (Art. 122 f. StGB) und der fahrlässigen (Art. 125 StGB) Körperverletzung.

2258 BGE 141 IV 454, E. 2.3.2; 137 IV 1, E. 4.2.2; 106 IV 246, E. 3d; BSK StGB I⁴-MAIER, Art. 133 N 22; TRECHSEL/P. NOLL/PIETH⁷, 72.

verwertungsverbot verstosse, wenn sie einerseits für den mehrfachen bandenmässigen Diebstahl das «Übersteigen des Zauns und das Herunterreissen des Kioskrollladens» verschuldenserhöhend berücksichtige, andererseits aufgrund dieser Umstände aber auch bei der Behandlung der Tatkomponenten für die Tatbestände des mehrfachen Hausfriedensbruchs und der mehrfachen Sachbeschädigung auf ein erhöhtes Verschulden schliesse.²²⁵⁹ In einem anderen Fall wies das Appellationsgericht Basel-Stadt darauf hin, dass bei der Vornahme der Strafzumessung hinsichtlich eines versuchten Raubes mit anschliessender Flucht und einer dabei begangenen Hinderung einer Amtshandlung sich die Flucht selbst nicht verschuldenserhöhend auswirken könne, da diese vielmehr bei der Zumessung des Verschuldens für das Amtshinderungsdelikt zu berücksichtigen sei.²²⁶⁰ Dasselbe Gericht erkannte die Problematik einer Doppelverwertung auch bei der Strafzumessung in Bezug auf eine Schändung zusammen mit einer Verletzung des Geheim- und Privatbereichs durch Aufnahmegeräte (in casu Weiterverbreitung der Videoaufnahme des Sexualdelikts).²²⁶¹

Hingegen ist das Doppelverwertungsverbot nicht verletzt, wenn dem Täter verschuldenserhöhend zur Last gelegt wird, er habe mehrere Tatbestandsmerkmale erfüllt, sofern diesen jeweils *eigenständig Bedeutung* für das Mass der Vorwerfbarkeit zukommt.²²⁶² Dies wäre etwa für die unterschiedlichen

2259 BGer, Urteil 6B_105/2015 vom 13. Januar 2016, E. 1.4.1 («Diese Tatumstände und -motive werden bereits durch die weiteren Schuldsprüche erfasst [...]»); vgl. auch BGer, Urteil 6B_69/2014 vom 9. Oktober 2014, E. 2.4 («Zu Recht wendet sich der Beschwerdeführer [...] gegen die Erwägung der Vorinstanz, bei der Würdigung des Verschuldens für den Versicherungsbetrug wirke sich neben dem hohen Deliktsbetrag verschuldenserhöhend auch aus, dass zur Erlangung der Versicherungsleistungen vorgängig ein Brand gelegt wurde. Dieser Umstand wird bereits durch den Schuldspruch wegen Brandstiftung erfasst»).

2260 AppGer BS, Urteil SB.2016.112 vom 16. März 2017, E. 3.3 («[...] wirkt sich die Flucht und die dadurch erfüllte Hinderung einer Amtshandlung nicht verschuldenserhöhend aus, da diese separat [...] zu ahnden ist und die Berücksichtigung innerhalb der Strafzumessung des versuchten Raubs eine unzulässige Doppelverwertung bedeuten würden»).

2261 AppGer BS, Urteil SB.2015.28 vom 19. September 2016, E. 2.3.3 («Obschon das Filmen einer Schändung und das Verbreiten der Aufnahmen ein schweres Verschulden begründet, ist nur eine geringfügige Erhöhung dieser Strafe angezeigt, da diese Elemente zu einem grossen Teil bereits im Tatverschulden der Schändung berücksichtigt worden sind und das Doppelverwertungsverbot zu beachten ist»).

2262 Vgl. BGH, Urteil 2 StR 89/14 vom 29. April 2014; 5 StR 469/12 vom 23. Oktober 2012 («[...] neben der rechtsfehlerfrei angenommenen Begehungsform der lebensgefährlichen Behandlung [...] die weitere der Körperverletzung mittels eines gefährlichen Werkzeugs [...] vorliegt und mithin die Verwirklichung von zwei Begehungsweisen der gefährlichen Körperverletzung strafschärfend berücksichtigt werden durfte [...]»); 3 StR 15/10 vom 9. Februar 2010 («[...] es [ist] nicht rechtsfehlerhaft, dass das Landgericht die [tateinheitliche Verwirklichung] zweier Qualifikationstatbestände der gefährlichen Körperverletzung [...]

Varianten der qualifizierten einfachen Körperverletzung nach Art. 123 Ziff. 2 StGB anzunehmen, da hier z.B. ein *besonders gefährliches Vorgehen* (Gift, Waffe oder gefährlicher Gegenstand) mit einer *besonderen Verwerflichkeit* (Verletzung eines Wehrlosen oder einer Person, die unter der Obhut des Täters steht) zusammentreffen kann.²²⁶³ Gleiches hat auch für die schwere Körperverletzung zu gelten, wenn gem. Art. 122 Abs. 2 StGB eine lebensgefährliche Verletzung vorliegt und das Opfer zusätzlich noch arg und bleibend entstellt wurde (Art. 122 Abs. 2 StGB).²²⁶⁴ Sofern schliesslich etwa bei Art. 19 Abs. 2 lit. a-c BetmG mehr als ein Qualifikationsgrund erfüllt sein sollte, wirkt sich dies zwar nicht strafscharfend, jedoch straf erhöhend aus, da auch das vorwerfbare Unrecht durch jeden weiteren Qualifikationsgrund erhöht wird.²²⁶⁵

e. Sinn und Zweck einer Norm (kriminalpolitischer Grundgedanke)

Fraglich ist, ob der kriminalpolitische Grundgedanke eines Tatbestands, der den Gesetzgeber bereits bei der Normierung der jeweiligen Bestimmungen des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches geleitet hat, ebenfalls unter das Doppelverwertungsverbot fällt. Dies ist jedenfalls gestützt auf den ausgearbeiteten Geltungsgrund dann zu bejahen, wenn damit eine erste (Vor-)Einstufung des (Erfolgs-)Unwerts eines Delikts durch den Gesetzgeber vorgenommen wird – etwa weil ein bestimmtes Rechtsgut als besonders schützenswert erachtet und dessen «Wert» bei der Tatbegehung dadurch ebenfalls Teil der (individuellen) Strafzumessungsschuld wird.²²⁶⁶ Auch in diesem Bereich gilt das Doppelverwertungsverbot jedoch nur, wenn die hinter der Strafbestimmung stehenden Überlegungen unterschiedslos auf alle Zumessungsumstände dieser Norm Anwendung finden, da ihnen in diesem Fall keine zusätzliche Aussage zur Verschuldenshöhe entnommen werden kann.²²⁶⁷ Ein auf jede Straftat derselben

zu Lasten des Angeklagten gewürdigt hat»); SCHÄFER / SANDER / VAN GEMMEREN⁶, Rz. 694a; LK StGB IV¹³-U. SCHNEIDER, § 46 N 257.

2263 Vgl. etwa BGH, Urteil 5 StR 90/17 vom 26. April 2017; 5 StR 469/12 vom 23. Oktober 2012; StGB PK⁴-TRECHSEL/GETH, Art. 123 N 5 ff.

2264 Vgl. S/S³⁰-KINZIG, § 46 N 47.

2265 BGE 122 IV 265, E. 2c; BGer, Urteil 6B_294/2011 vom 16. September 2011, E. 2.2.2; BetmG Komm.-HUG-BEELL, Art. 19 N 975 ff.; vgl. auch BGH, Urteil 1 StR 32/01 vom 21. März 2001; LK StGB IV¹³-U. SCHNEIDER, § 46 N 255

2266 Vgl. vorne II.D.5.b.; BGer, Urteil 6B_1038/2017 vom 31. Juli 2018, E. 2.6.1; s.a. AHLERS-GRZIBEK (2003), 81; BRUNS/GÜNTGE², 176 («Die Frage des *Ob* [des Strafens] ist von der Frage des *Wie* [des Strafens] strikt zu trennen [...]»); BUNZ, Jura 2011, 16; Matt/Renzikowski²-BUSSMANN, § 46 N 51; EHRHARDT (1965), 87; EISENBERG, in: FS Riess, 831; FAHL, ZStW 1999, 159; MK⁴-MAIER, § 46 N 533, 538; SCHÄFER / SANDER / VAN GEMMEREN⁶, Rz. 704; SEEBALD, GA 1975, 231, 234; ZAGLER, AnwBl 1976, 481.

2267 Vgl. FANDRICH (2010), 74; GRIBBOHM, in: FS Salger, 41; LK StGB IV¹³-U. SCHNEIDER, § 46 N 256.

Art zutreffender Umstand rechtfertigt mithin ebenso wenig eine Erhöhung (oder Minderung) der Strafe wie das alleinige Vorliegen eines gesetzlichen Tatbestandsmerkmals an sich.²²⁶⁸

In einem Entscheid aus dem Jahre 1993 hatte sich das Bundesgericht mit einem Fall auseinanderzusetzen, bei welchem dem Täter vorgeworfen wurde, er habe Aushubmaterial aus der Baugrube seiner Liegenschaft ohne die erforderliche Bewilligung, teilweise im Wald, teilweise einem Bach entlang, abgelagert.²²⁶⁹ Die Vorinstanz hatte bei der Strafzumessung u.a. als Begründung für die Bussenhöhe strafferhöhend aufgeführt, dass der Täter «daneben mit seinem Selbsthilfemanöver gegen verschiedene öffentliche Interessen verstossen und sich über die geltenden Vorschriften hinweggesetzt [habe]».²²⁷⁰ Das Bundesgericht brachte vor, dass diese Begründung den bundesrechtlichen Anforderungen nicht genüge. Ohne den Grundsatz des Doppelverwertungsverbots zu benennen, hielt es gleichwohl fest, dass, «indem der Beschwerdeführer sich über die Vorschriften hinwegsetzte, [...] er sich strafbar [machte], und strafbar ist sein Verhalten, weil es gegen öffentliche Interessen verstösst». Bei einer Busse wegen Deponierens von Bauschutt im Wald ist es entsprechend unzulässig, die Verletzung diverser öffentlicher Interessen als Strafzumessungsargument zu verwenden, denn diese Verletzung begründet die Strafbarkeit.²²⁷¹

Eine allgemeine (unzulässige) strafferhöhende Argumentation wäre des Weiteren bspw., dass gewisse Rechtsgüter eines besonderen Schutzes bedürften, etwa die körperliche Integrität bei den Delikten nach Art. 111 ff. StGB, die sexuelle Integrität und Selbstbestimmung bei den Sexualdelikten nach Art. 189 ff. StGB, die ungestörte sexuelle Entwicklung von Kindern bei Art. 187 StGB, die Rechtspflege bei der falschen Anschuldigung nach Art. 303 StGB oder der Schutz der Gläubiger bei den Insolvenzdelikten.²²⁷² Nicht verschuldenserhöhend vorgeworfen werden darf dem Täter etwa auch, dass er beim Tatbestand des Inzests gem. Art. 213 Abs. 1 StGB durch sein Verhalten «gegen das

2268 BayObLG, Urteil III 19/51 vom 14. März 1951, abgedruckt in: NJW 1951, 574 (Die angefochtene Erwägung des Landesgerichts statuierte Folgendes: «Auch musste berücksichtigt werden, dass das Kuppelunwesen zahlreiche Straftaten im Gefolge zu haben pflegt [...]»); BRUNS, in: FS Mayer, 359.

2269 BGE 119 IV 10.

2270 BGE 119 IV 10, E. 4a.

2271 ARZT, recht 1994, Rz. 60 Fn. 2.

2272 BGer, Urteil 6B_1038/2017 vom 31. Juli 2018, E. 2.6.1 («Der Beschwerdeführer macht zurecht geltend, dass die Rechtsgutverletzung als solche unergiebig ist, wenn es um eine Tötung geht. Die vorinstanzlich angeführte «Vernichtung des höchsten Rechtsguts» begründet den Tatbestand des Art. 111 StGB. Der mit der Tötung als solcher verbundene Unrechtsgehalt kann aber – anders als etwa bei einer Körperverletzung – nicht abgestuft werden. Insoweit ist aus der Rechtsgutverletzung allein vorliegend nichts für die Strafzumessung

Rechtsgut der Fernhaltung von Geschlechtsbeziehungen im familiären Umfeld verstossen» habe.²²⁷³ Bei Gefährungsdelikten wäre der Vorwurf an den Täter unzulässig, dass das deliktische Vorgehen «Gefahren für das tatbestandliche Rechtsgut herbeigeführt hat».²²⁷⁴ Unzulässig ist es des Weiteren beim Tatbestand der Nötigung (Art. 181 StGB), dem Täter straf erhöhend vorzuhalten, dass er «ohne Zuhilfenahme staatlicher Hilfe seinen Willen durchsetzen wollte».²²⁷⁵ Unter das Doppelverwertungsverbot fallen schliesslich auch die straf erhöhende Feststellung bei einer Urkundenfälschung (Art. 251 StGB), Urkunden verdienten als Beweismittel «besonderen Schutz», oder der Vorwurf bei Steuerdelikten, dadurch werde «der Fiskus empfindlich getroffen».²²⁷⁶

f. «Regeltatbild»

Umstritten ist die Frage, ob Umstände im Sinne von Verhaltensweisen oder Tatfolgen, die zwar gemäss Tatbestand nicht notwendig, aber *typischerweise* mit dessen Verwirklichung verbunden sind, straf erhöhend oder strafmindernd berücksichtigt werden dürfen oder ebenfalls dem Doppelverwertungsverbot unterliegen. Der deutsche Bundesgerichtshof ging in seiner älteren Praxis zunächst von der Anwendbarkeit des Doppelverwertungsverbots aus, wobei dies gestützt auf die Annahme geschah, dass einer Tatbestandsverwirklichung jeweils ein «normaler Fall» zugrunde gelegt werden könne. So wurde etwa beim Tatbestand der Vergewaltigung als «Normalfall» angenommen, dass der

abzuleiten [...]»; rechtsfehlerhaft etwa: OGer ZH, Urteil SB170054 vom 26. Juni 2017, E. III.2.1 («Der Beschuldigte vernichtete das Leben und somit das höchste Rechtsgut des Geschädigten [...]»); SB050496 vom 6. Februar 2006, E. 4 («Die Handlungen des Angeklagten richteten sich gegen die sexuelle Integrität der Geschädigten und verletzen damit ein hohes Rechtsgut [...]»); vgl. auch BGH, Urteil 2StR 641/86 vom 9. Januar 1987; vgl. für Hinweise auf weitere fehlerhafte Erwägungen auch BGH, Urteil 2StR 516/86 vom 22. Oktober 1986 («[...] mit dem Strafausspruch grundsätzlich verdeutlicht werden müsse, dass die Gesellschaft nicht bereit sei, solch massiven Übergriffe auf die Selbstbestimmung der Frau tatenlos hinzunehmen oder mit besonderer Milde zu betrachten [...]»); 2StR 641/86 vom 9. Januar 1987 («Das Landgericht sieht erhebliche Spuren in der Entwicklung des Mädchens hinterlassen hat» und dass es selbst «ihm [dem Angeklagten] keinen nachvollziehbaren Anlass zu seinem Verhalten gegeben [hat]»); 1StR 570/16 vom 25. Januar 2017 («der Angeklagte durch seine Taten seinen gesamten pflegerisch tätigen Berufsstand sehr stark in Misskredit gebracht [hat]»); vgl. für die weitere deutsche Rechtsprechung die Übersicht bei SCHÄFER/SANDER/VAN GEMMEREN⁶, Rz. 704; s.a. EHRHARDT (1965), 87; HETTINGER, StV 1987, 146 ff.; LK StGB I⁸-JAGUSCH, Vor § 13 B II 1d; NK StGB I⁵-STRENG, § 46 N 134.

2273 Vgl. OGer ZH, Urteil SB030301 vom 25. November 2003, E. IV.4.

2274 NK StGB I⁵-STRENG, § 46 N 126.

2275 BGH, Urteil 4 StR 84/20 vom 5. Mai 2020; vgl. auch Komm. Strafgesetzbuch⁴-VONHEINTSCHEL-HEINEGG, § 46 N 138b.

2276 EHRHARDT (1965), 89.

erzwungene Geschlechtsverkehr ungeschützt bis zum Samenerguss erfolge und auch die damit zusammenhängenden Risiken einer Schwangerschaft oder einer Krankheitsübertragung, etwa einer Infektion mit dem HI-Virus, nicht nochmals bei der Strafzumessung mitberücksichtigt werden könnten, da diese Art der Tatbestandsverwirklichung dem «Regeltatbild» entspreche.²²⁷⁷ Das Vorliegen eines solchen gesetzlichen «Normalfalls» verneinte jedoch der Grosse Senat für Strafsachen des deutschen Bundesgerichtshofs in einem nur wenige Jahre später ergangenen Entscheid aus dem Jahre 1987.²²⁷⁸ In der Konsequenz wurde auch die Praxis der Annahme eines «Normalfalls» beim Tatbestand der Vergewaltigung aufgegeben und richtigerweise entschieden, dass sich das Doppelverwertungsverbot nur auf Umstände beziehe, die im Minimum für die Vollendung des Tatbestands vorausgesetzt seien.²²⁷⁹ Gestützt auf den Geltungsgrund des Verbots gilt es wiederholend auch unter diesem Punkt auszuführen, dass lediglich diejenigen Zumessungsumstände von erneuter Verwertbarkeit ausgeschlossen sind, aus denen sich kein differenzierter Aussagegehalt über das Mass des Verschuldens ergibt.²²⁸⁰ Da für die vollendete Vergewaltigung keineswegs erforderlich ist, dass etwa ein Samenerguss in der Scheide des Opfers erfolgen muss,²²⁸¹ kann resp. muss dieses

2277 BGH, Urteil 3 StR 427/84 vom 26. Oktober 1984.

2278 BGH, Urteil GSSt 1/86 vom 10. April 1987: «Der Trichter kann bei der Entscheidung über die Bewertungsrichtung [...anderer] zumessungserhebliche[r] Umstände[...] und bei der Strafzumessung überhaupt – nicht von einem (normativen) Normalfall [...] ausgehen. [...] Die gegenteilige Auffassung [...] beruht auf der Prämisse, das Gesetz kenne einen Regelfall und eine ihm angemessene Normalstrafe, von der ausgehend der Richter mit Hilfe von Abstrichen und Zuschlägen die zu verhängende Strafe festzulegen habe [...]»; vgl. auch BGH, Urteil 5 StR 109/15 vom 14. April 2015; BUNZ, Jura 2011, 16; WILCKEN (2004), 32 ff.

2279 BGH, Urteil 1 StR 62/90 vom 14. August 1990 («Diese Gemeinsamkeit endet indes, sobald mehr ins Spiel kommt als nur die blossе Vollendung des Tatbestands. Alles, was die Tat im Übrigen begleitet oder sonst prägt, ist nicht mehr blossе Tatbestandserfüllung, sondern Art der Ausführung, die als Strafzumessungsgrund «namentlich in Betracht kommt» [...]»); vgl. auch AHLERS-GRZIBEK (2003), 83 («Das normale Erscheinungsbild stellt nur eine von mehreren denkbaren Verwirklichungsformen dar, denn diese Umstände sind gerade nicht in allen Fällen gegeben [...]»); GRASNICK, JZ 1991, 932 ff.; HETTINGER (1982), 135 ff.; MK⁴-MAIER, § 46 N 535; SCHALL/SCHIRRMACHER, Jura 1992, 627; LK StGB IV¹³-U. SCHNEIDER, § 46 N 258; Komm. Strafgesetzbuch⁴-VON HEINTSCHEL-HEINEGG, § 46 N 128.2, 131; WILCKEN (2004), 41; für die Anwendung des Doppelverwertungsverbots auf «deliktstypische» Umstände aber DETTER, in: FS BGH, 700; FAHL, ZStW 1999, 156 ff.; so auch die h.L. und frühere Rspr. in Österreich, vgl. etwa OGH, Urteil 11 Os 147/03 vom 18. Mai 2004; WK StGB²-EBNER, § 32 N 61, 68a; SCHWAIGHOFER, JBl 2016, 61 f.; ZAGLER, AnwBl 1976, 481; anders nun jedoch OGH, Urteil 15 Os 75/15s vom 22. Juli 2015: «Dass [...] Umstände, die (bloss) «typischerweise» mit der Verwirklichung eines Delikts verbunden sein mögen, für die Strafzumessung «verbraucht» seien und ihre Berücksichtigung gegen das Doppelverwertungsverbot verstosse [...], findet im Gesetz keine Deckung.»

2280 EL-GHAZI, JZ 2014, 184.

2281 AK StGB-SCHNEIDEGGER, Art. 190 N 5; StGB PK⁴-TRECHSEL/BERTOSSA, Art. 190 N 4.

Merkmal strafferhöhend berücksichtigt werden, da ein solches Vorgehen das Verschulden im Sinne des Unwertgehalts im Vergleich zu einem Fall, bei dem dies vom Täter – der gleichwohl den Tatbestand der Vergewaltigung erfüllt – unterlassen wird, erhöht.²²⁸² Unterlässt der Täter somit ganz bewusst das Eintreten eines solchen für die Annahme des «Normalfalls» vorausgesetzten «Erfolgs», ist ihm zumindest in diesem Punkt ein geringerer Vorwurf zu machen. Umgekehrt ist so demjenigen Täter für den Umstand, dass er den erzwungenen Geschlechtsverkehr ungeschützt vollzogen hat, ein höheres Verschulden anzurechnen, da dies nicht von allen Tätern unterschiedslos verwirklicht zu werden braucht und entsprechend keine Voraussetzung für die Tatbestandsmässigkeit des Verhaltens darstellt, auch wenn der ungeschützte erzwungene Geschlechtsverkehr den «Normalfall» darstellen sollte.²²⁸³ «Normalfälle» sind denn auch nicht mit ungeschriebenen Tatbestandsmerkmalen zu verwechseln, da Letztere den Tatbestand in seiner ganzen Bandbreite auszeichnen.²²⁸⁴

Was die schweizerische Lehre und Praxis anbelangt, so gilt es darauf hinzuweisen, dass eine Diskussion über das Vorliegen eines «Normalfalls» oder eines «Regeltatbilds» nicht in gleichem Ausmass wie in Deutschland stattgefunden hat. Eine eingeschränkte Erwähnung findet die Thematik bspw. in der Rechtsprechung zu Art. 52 StGB, wonach das Verhalten des Täters im Quervergleich zu typischen unter denselben Tatbestand fallenden Handlungen u.a. vom Verschulden her unerheblich erscheinen müsse, was anhand eines Vergleichs mit dem «Regelfall» zu erfolgen habe.²²⁸⁵ Allgemeine Versuche, einen solchen «Regelfall» bei der Strafzumessung etwa durch eine sog. «Referenzstrafe» und «Referenzsachverhalte» als «objektive Bezugspunkte»²²⁸⁶ einzuführen, haben jedoch bislang keinen (bleibenden) Eingang in die Praxis gefunden.²²⁸⁷ Eine Ausnahme stellt etwa der bereits erwähnte BGE 70 IV 181 vom

2282 Vgl. SCHALL/SCHIRRMACHER, Jura 1992, 626.

2283 So zu Recht AppGer BS, Urteil SB.2021.9 vom 30. Juli 2021, E. 10.4.2 («*Erschwerend zu werten ist, dass der sexuelle Übergriff bzw. sämtliche sexuellen Übergriffe ungeschützt stattfanden [...]»*); vgl. auch BSK StGB II⁴-MAIER, Art. 190 N 13; SCHALL/SCHIRRMACHER, Jura 1992, 626.

2284 So etwa der Vermögensschaden bei der Veruntreuung von Vermögenswerten i.S.v. Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB; vgl. dafür vorne II.D.4.c.

2285 BGE 138 IV 13, E. 9 («*[...] dass die inkriminierte Tat in Bezug auf Schuld und Tatfolgen deutlich weniger schwer wiegt als der typische Regelfall des tatbestandsmässigen Verhaltens [...]»*); 135 IV 130, E. 5.3.3 («*Die Behörde hat sich mithin am Regelfall der Straftat zu orientieren [...]»*); BSK StGB I⁴-RIKLIN, Art. 52 N 22 f.

2286 Vgl. KIENER, ZStrR 2007, 363 ff.

2287 Vgl. BGer, Urteil 6B_998/2015 vom 24. Mai 2016, E. 7.4; MATHYS², Rz. 85; bei den Betäubungsmitteldelikten wird die Berücksichtigung eines «Regelfalls» im Rahmen der Strafzumessung indes schon länger diskutiert, s. etwa FREI/C. RANZONI, AJP 1995, 1440: «*Innerhalb der einzelnen Kategorien dienen ein gedachter (wenn auch nicht zwangsläufig*

13. Oktober 1944 dar,²²⁸⁸ in welchem dem wegen «kommunistischer Tätigkeit» Beschuldigten aufgrund seines Handelns «ausschliesslich aus Idealismus» der Milderungsgrund der «achtungswerten Beweggründe» nicht zugutegehalten wurde, da gemäss Bundesgericht die angedrohten Strafen auf den «Normalfall» zugeschnitten seien und beim entsprechenden Tatbestand ein «Handeln aus Idealismus», «wie immer bei rein politischen Vergehen», die «Regel» und ein «gemeiner» Beweggrund die «Ausnahme» bilde.²²⁸⁹ Gerade der vom Bundesgericht selbst genannte Umstand, dass Ausnahmen möglich seien und ein «Handeln aus Idealismus» gerade nicht Tatbestandsvoraussetzung war, hätte in diesem Fall dazu führen müssen, dass der Milderungsgrund der «achtungswerten Beweggründe» zusätzlich zu berücksichtigen gewesen wäre.

Doch auch wenn das schweizerische Strafzumessungsrecht das Konstrukt des «Normfalls» nicht resp. nicht in gleichem Ausmass wie die deutsche Praxis und Lehre kennt, stellt sich in vielen Fällen die Frage, bei welchen vom Gericht aufgeführten «Zumessungstatsachen» es sich um Umstände handelt, die auf jeden denkbaren Fall einer Tatbestandsverwirklichung zutreffen, oder ob es sich um eine Art «verstecktes Regeltatbild» handelt. So hat das Bundesgericht etwa in einem Entscheid vom 20. November 2018 – ohne den Begriff des «Normalfalls» zu erwähnen – zum Tatbestand der Hinderung einer Amtshandlung (Art. 286 StGB) festgehalten, dass ein «egoistisches Motiv» in «praktisch jedem Fall» der Tatbestandsverwirklichung vorliege.²²⁹⁰ Dass ein solches Motiv jedoch nicht tatbestandsbegründend ist, sondern nur in den *meisten* Fällen resp. in «praktisch» jedem Fall Einfluss auf den Entschluss des Täters hat, macht diese Konstellation zwar zu einem «Normalfall», führt jedoch nicht bereits zu einer unzulässigen doppelten Berücksichtigung eines solchen Umstands bei der Strafzumessung. Demgegenüber finden sich in diesem Zusammenhang im Rahmen der Sexualdelikte oftmals die strafe erhöhende Erwägungen, der Täter habe seine «sexuellen Bedürfnisse [...] befriedigen» wollen,²²⁹¹ das Opfer zu einem «Sexualobjekt degradiert»²²⁹² oder «Machtgefühle» ausleben wollen und mithin aus einem egoistischen Motiv

durchschnittlicher) Regelfall und eine diesem zugeordnete Einsatzstrafe als Ausgangspunkt der Strafzumessung.»

2288 Vgl. vorne II.C.4.a.a1.

2289 BGE 70 IV 181, E. 2.

2290 BGer, Urteil 6B_95/2018 vom 20. November 2018, E. 2.3 («[...] das praktisch jedem Fall von Hinderung einer Amtshandlung inhärente egoistische Motiv [...]»).

2291 So etwa OGer ZH, Urteil SB110255 vom 26. August 2011, E. V.2.2.2; vgl. BGH, Urteil 3 StR 326/08 vom 28. August 2008; vgl. auch SCHÄFER/SANDER/VAN GEMMEREN⁶, Rz. 691, 693.

2292 Vgl. MK⁴-MAIER, § 46 N 538; SCHÄFER/SANDER/VAN GEMMEREN⁶, Rz. 693; NK StGB I⁵-STRENG, § 46 N 134; Komm. Strafgesetzbuch⁴-VON HEINTSCHEL-HEINEGG, § 46 N 138a.

gehandelt.²²⁹³ Würde man dem Bundesgericht in der soeben erwähnten Rechtsprechung folgen, wäre auch hier die Argumentation möglich, dass solche Umstände in «praktisch jedem Fall» eines Sexualdelikts zuträfen und daher dem Doppelverwertungsverbot unterstünden. Ginge man jedoch davon aus, dass auch Tatbestandsverwirklichungen ohne diese Konstellationen denkbar sind, wäre deren Verwertbarkeit möglich.

Ein Fall, bei dem eine (erneute) Berücksichtigung unzulässig wäre, hat etwa für den Vorwurf des «Vertrauensmissbrauchs» des Täters beim Tatbestand der Veruntreuung gem. Art. 138 StGB zu gelten, da ein solcher – aufgrund des vorausgesetzten Anvertrauens der fremden beweglichen Sache oder des Vermögenswertes²²⁹⁴ – bei jeder Tatbestandsverwirklichung vorliegt und daher keinen (zusätzlichen) Einfluss auf die Verschuldenshöhe haben kann.²²⁹⁵ Auch darf dem Täter nicht erschwerend vorgeworfen werden, er habe durch sein Verhalten «den polizeilichen Fahndungsapparat in Bewegung gesetzt», da dieser Begleitumstand grundsätzlich bei jedem zur Anzeige gebrachten (Offizial-)Delikt vorliegt.²²⁹⁶

g. Täterschaft und Teilnahme

Das Doppelverwertungsverbot entfaltet seine Wirkung sodann auch auf die Strafzumessungsüberlegungen von Täterschaft und Teilnahme.²²⁹⁷ Würde nämlich etwa der alleinige Umstand der jeweiligen Täterschafts- und Teilnahmeform strafehöhend oder -vermindernd berücksichtigt, würde dem Täter vorgeworfen, dass die Tat *überhaupt* in der entsprechenden Täterschafts- oder Teilnahmeform begangen wurde; aus diesem Umstand kann aber kein zusätzlicher konkreter Anhaltspunkt für das Verschulden entnommen werden.²²⁹⁸

So ist es etwa verboten, Alleintäterschaft als Straferhöhungsgrund zu werten.²²⁹⁹ Nicht strafehöhend vorgehalten werden darf dem Täter auch, dass «die Initiative von ihm aus gekommen ist [...]».²³⁰⁰ Beim Tatbestand der Brandstiftung gem. Art. 221 Abs. 1 StGB ist sodann bspw. die Anlastung unzulässig, der Täter habe durch das «Anzünden des Rollers den massgeblichen Tatbeitrag [...]

2293 OGer ZH, Urteil SB110353 vom 24. Oktober 2011, E. III.3.2a («[...] *Ausleben von Machtgefühlen und die Befriedigung sexueller Triebe zu nennen, mithin ein egoistisches Motiv [...]*»).

2294 BSK StGB II⁴-NIGGLI/RIEDO, Art. 138 N 40 ff.

2295 Vgl. WK StGB²-EBNER, § 32 N 62; Komm. Strafgesetzbuch⁴-VON HEINTSCHEL-HEINEGG, § 46 N 127.

2296 BRUNS² (1974), 367; ZAGLER, AnwBl 1976, 482.

2297 Siehe GISEL-BUGNION (1978), 79.

2298 Vgl. FANDRICH (2010), 71.

2299 Vgl. MK⁴-MAIER, § 46 N 545.

2300 Vgl. OGer ZH, Urteil SB030301 vom 25. November 2003, E. IV.4.

geliefert»,²³⁰¹ Nicht zulasten des Täters verwertet werden kann ferner die «mittäterschaftliche Beteiligung» an sich²³⁰² resp. der Vorwurf, ohne ihn hätte die Tat nicht erfolgreich durchgeführt werden können,²³⁰³ da dadurch noch nichts über den jeweiligen verschuldensrelevanten mittäterschaftlichen Beitrag ausgesagt wird.²³⁰⁴

Gleichermassen darf für den Teilnehmer eine Straferhöhung nicht mit dem Argument begründet werden, dass er als Gehilfe die notwendigen Voraussetzungen für die Tat geschaffen bzw. diese gefördert habe,²³⁰⁵ «bedenkenlos dazu bereits gewesen war, die [Straftat] eines anderen zu unterstützen [...]»,²³⁰⁶ oder sich helfend an den Taten der Mitangeklagten beteiligt habe.²³⁰⁷ In Bezug auf die Anstiftung zu einer Tat kann dem Anstifter ferner nicht verschuldenserhöhend vorgeworfen werden, er sei der «eigentliche Initiator der Taten gewesen [...]»,²³⁰⁸ Dies gilt auch für die Berücksichtigung des Umstands, dass der Anstifter den angestifteten Haupttäter «der Gefahr strafrechtlicher Verfolgung ausgesetzt» habe.²³⁰⁹ Ein Verstoss gegen das Prinzip wurde ferner vom Bundesgericht in einem Urteil des Geschworenengerichts des Kantons Zürich festgestellt, da dieses dem Täter verschuldenserhöhend angelastet hatte, sich für die Tatausführung einer anderen Person bedient zu haben.²³¹⁰

2301 So BGH, Urteil 3 StR 346/15 vom 12. November 2015 zu § 306 Abs. 1 Ziff. 4 StGB/D.

2302 BGH, Urteil 2 StR 475/17 vom 9. Januar 2018; FANDRICH (2010), 70; vgl. auch BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 103.

2303 BGH, Urteil 4 StR 830/03 vom 18. März 2003; FANDRICH (2010), 70; LK StGB IV¹³-U. SCHNEIDER, § 46 N 262.

2304 Die konkreten Umstände der Tatbeteiligung können jedoch eine erhöhte Strafwürdigkeit begründen, vgl. hinten II.F.3.

2305 BGH, Urteil 3 StR 54/08 vom 11. März 2008; Matt/Renzikowski²-BUSSMANN, § 46 N 52; BKK⁷⁰-FISCHER, § 46 N 76c; NK StGB I⁵-STRENG, § 46 N 127; DERS., in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius, Bd. 3, § 66 N 203.

2306 BGH, Urteil 3 StR 357/15 vom 10. November 2015; vgl. auch BGH, Urteil 3 StR 253/00 vom 16. August 2000; 1 StR 246/79 vom 26. Juni 1979; FANDRICH (2010), 70.

2307 BGH, Urteil 2 StR 319/88 vom 24. Juni 1988; 3 StR 54/08 vom 11. März 2008; S/S³⁰-KINZIG, § 46 N 45b; MK⁴-MAIER, § 46 N 546.

2308 Matt/Renzikowski²-BUSSMANN, § 46 N 52; FANDRICH (2010), 70; MK⁴-MAIER, § 46 N 546; SCHÄFER / SANDER / VAN GEMMEREN⁶, Rz. 693; LK StGB IV¹³-U. SCHNEIDER, § 46 N 262.

2309 BGH, Urteil 2 StR 478/13 vom 11. Dezember 2013.

2310 BGe, Urteil 6S.44/2007 vom 6. Juni 2007, E. 4.3.4: «Hier werden dem Beschwerdeführer Umstände explizit (erschwerend) resp. implizit (nicht zurückschreckte) angelastet, die tatbestandsnotwendige Elemente der Anstiftung zu Mord sind. Wer jemanden zur Tötung einer dritten Person anstiftet, der veranlasst den Angestifteten zu einer strafbaren Handlung und der will den Tod des Opfers. Dabei geht es nicht länger um das «Wie» der Tatbegehung, sondern um die Tatbestandselemente selbst. Deren erneute Verwertung in der Strafzumessung ist unzulässig [...]»; BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 103.

Was für die Umstände der Täter- und Teilnehmerschaft an sich gilt, ist schliesslich auch in Bezug auf andere Zumessungsumstände resp. tatbestandsmässige Begehungsarten anwendbar, bspw. hinsichtlich Handlungs- und Unterlassungsdelikten. So darf sich etwa bei Letzteren der Vorwurf nicht straf erhöhend auswirken, der Täter habe seine Garantenpflicht verletzt.²³¹¹

h. Versuch und Vollendung

Das zur Täterschaft und Teilnahme Gesagte²³¹² entfaltet seine Geltung gleichermassen auch für die Umstände der Vollendung eines Delikts sowie für dessen versuchsweise Begehung.²³¹³ Ein Verstoss gegen das Doppelverwertungsverbot liegt so einerseits vor, wenn dem Täter für ein vollendetes Tötungsdelikt Umstände straf erhöhend angerechnet werden, gemäss denen er den Erfolg nicht verhindert bzw. nichts unternommen habe, um diesen abzuschwächen.²³¹⁴ Bei der Verurteilung wegen eines vollendetes Tötungsdelikts wird dem Täter nämlich der Eintritt des Taterfolges vorgeworfen und die Strafe dem für die Vollendung der Tat vorgesehenen Strafrahmen entnommen. Eine zusätzliche straf erhöhende Berücksichtigung des Erfolgseintritts bzw. des Nicht-Verhinderns des Erfolgs selbst würde diesen Umstand entsprechend doppelt werten.²³¹⁵ Dies gilt etwa auch für die gerichtliche (straf erhöhende) Feststellung, der Täter habe «Zweifel, die bei ihm [...] unmittelbar vor der Tatbegehung aufgekommen waren, [...] beiseite gewischt»,²³¹⁶ er habe einen ihm zur Verfügung stehenden Moment nicht genutzt, «um zur Besinnung zu kommen und

2311 Vgl. SSW StGB⁵-ESCHELBACH, § 46 N 205.

2312 Siehe vorne II.F.2.g.

2313 Vgl. GISEL-BUGNION (1978), 79.

2314 BGH, Urteil 1 StR 525/13 vom 6. November 2013; Matt/Renzikowski²-BUSSMANN, § 46 N 52; BKK⁷⁰-FISCHER, § 46 N 76b f.; MK⁴-MAIER, § 46 N 542; SCHÄFER / SANDER / VAN GEMMEREN⁶, Rz. 692; NK StGB I⁵-STRENG, § 46 N 126; LK StGB II¹²-THEUNE, § 46 N 271.

2315 AppGer BS, Urteil SB.2019.86 vom 1. November 2022, E. 6.6.2; BGH, Urteil 1 StR 347/02 vom 25. September 2002 («*Es ist daher nicht zulässig, bei der Verurteilung wegen eines Tötungsdelikts strafscharfend zu berücksichtigen, dass der Täter den Eintritt des Todes des Opfers nicht zu verhindern versucht hat [...]*»); dies gilt ebenso für den Fall, bei welchem dem Täter straf erhöhend angelastet wird, er habe sich von den vorangegangenen Fehlschlägen nicht von der Deliktsbegehung abhalten lassen bzw. er habe mehrfach die Gelegenheit gehabt[,] die Tat abzubrechen (BGH, Urteil 2 StR 332/03 vom 15. Oktober 2003); vgl. auch BGH, Urteil 1 StR 525/13 vom 6. November 2013; 3 StR 218/10 vom 20. Juli 2010; 2 StR 457/07 vom 19. Dezember 2007; FANDRICH (2010), 68 f.; BKK⁷⁰-FISCHER, § 46 N 76c; SCHÄFER / SANDER / VAN GEMMEREN⁶, Rz. 692; LK StGB IV¹³-U. SCHNEIDER, § 46 N 260; a.M. jedoch anscheinend das Bundesgericht in BGer, Urteil 6B_935/2017 vom 9. Februar 2018, E. 2.4 («*Der Beschwerdeführer hat für den Beschwerdegegner unvorhersehbar und ohne ersichtlichen Grund mit einem Messer mit einer langen Klinge auf diesen eingestochen, ohne sich danach um ihn zu kümmern [...]*»).

2316 BGH, Urteil 2 StR 124/15 vom 7. September 2015.

von der Tatbegehung abzusehen [...]»,²³¹⁷ er habe die Tatbegehung fortgesetzt, anstatt «aufzuhören und sein eigenes Verhalten zu reflektieren [...]»,²³¹⁸ oder er habe «nach mehrmaligem Zögern die Tat schliesslich doch» ausgeführt.²³¹⁹

Eine unzulässige Doppelverwertung muss andererseits auch angenommen werden, wenn ein Täter eines Versuchs für schuldig befunden wird und dabei (erneut) der Umstand strafmindernd berücksichtigt würde, dass durch dessen Handlungsweise die Tat nicht vollendet worden sei.²³²⁰ Der nicht erfolgte Eintritt der Vollendung führt gerade erst dazu, dass der Täter nicht wegen der vollendeten Tat, sondern nur wegen Versuchs verurteilt wird.²³²¹

i. Unrechts- und schuld begründende Merkmale

Das Doppelverwertungsverbot gilt ferner aufgrund des umfassenden Verständnisses des strafzumessungsrechtlichen Verschuldens²³²² auch für unrechts- und schuld begründende Merkmale (im Sinne des Verbrechensaufbaus der finalen Handlungslehre)²³²³, da deren jeweiliges Vorhandensein an sich ebenfalls einen Faktor darstellt, der an jeder Stelle des jeweiligen Strafrahmens vorausgesetzt wird, und deren Vorliegen eine Bestrafung überhaupt erst erlaubt.²³²⁴

Konsequenterweise darf einem Täter bei der Strafzumessung nicht zur Last gelegt werden, dass «seine Tat nicht durch Notwehr geboten» und infolgedessen rechtswidrig war²³²⁵ oder dass das «Opfer den Täter nicht angegriffen»

2317 BGH, Urteil 1 StR 669/15 vom 10. Mai 2016; s.a. STRENG, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius, Bd. 3, § 66 N 202.

2318 BGH, Urteil 3 StR 502/14 vom 9. Dezember 2014.

2319 BGH, Urteil 5 StR 222/17 vom 5. September 2017; MK⁴-MAIER, § 46 N 540.

2320 Vgl. STRENG, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius, Bd. 3, § 66 N 203.

2321 BRUNS, in: FS Mayer, 356; DREHER, JZ 1957, 156; LM-FRÄNKEL, § 44 N 8 («Ausgeschlossen von einer nochmaligen Verwertung ist [...] die Tatsache, dass es nicht zur Vollendung, sondern nur zum Versuch der Tat gekommen ist [...]»); LM-JAGUSCH, § 44 N 10; JUNG, JR 1931, 18.

2322 Vgl. vorne I.D.2.a.a1.iii.

2323 Vgl. GETH⁷, Rz. 94 ff.; STRATENWERTH AT I⁴, § 8 N 1 ff.; s.a. vorne I.D.2.a.a1.

2324 AHLERS-GRZIBEK (2003), 81; DETTER, in: FS BGH, 700; EISENBERG, in: FS Riess, 831; EL-GHAZI, JZ 2014, 182; FAHL, ZStW 1999, 159; GISEL-BUGNION (1978), 79; GRIBBOHM, in: FS Salger, 41; SCHÄFER/SANDER/VAN GEMMEREN⁶, Rz. 697; SCHALL/SCHIRRMACHER, Jura 1992, 626; LK StGB IV¹³-U. SCHNEIDER, § 46 N 263; Komm. Strafgesetzbuch⁴-VON HEINTSCHEL-HEINEGG, § 46 N 128; WILCKEN (2004), 57 f.

2325 Vgl. BGH, Urteil 4 StR 548/96 vom 28. November 1996 («[...] die Strafkammer [hat] es strafschärfend gewertet hat, dass die tätlichen Angriffe [...] bereits beendet waren. Damit hat das Landgericht zu Ungunsten des Angeklagten berücksichtigt, dass seine Tat nicht durch Notwehr geboten war. [...] Das verstösst gegen das Doppelverwertungsverbot des § 46 Abs. 3 StGB, das nicht nur für Tatbestandsmerkmale, sondern auch für sonstige Unrechts- und schuld begründende Merkmale gilt [...]»); AHLERS-GRZIBEK (2003), 81;

habe,²³²⁶ da dadurch ein die Rechtswidrigkeit erst begründendes Merkmal resp. das Fehlen eines Rechtsfertigungsgrundes strafehörend berücksichtigt wird.²³²⁷ Einen solchen Vorwurf machte jedoch das Appellationsgericht Basel-Stadt dem Täter, als es festhielt, die Geschwindigkeitsüberschreitung sei nicht erfolgt, «um ein hohes Rechtsgut eines Dritten zu schützen oder andere höhere Interessen wahrzunehmen; notstandsähnliche Beweggründe für die Geschwindigkeitsüberschreitung [...] liegen nicht vor».²³²⁸ Entsprechend untersagt ist eine Strafeerhöhung auch gestützt auf den Vorwurf, dass «finanzielle Probleme ein deliktisches Handeln nicht zu rechtfertigen vermögen».²³²⁹

Unzulässig sind in diesem Zusammenhang auch strafehörende Vorhalte, es hätten keine «zwingenden» Gründe für die Tatbegehung vorgelegen.²³³⁰ Könnte nämlich umgekehrt ein solcher Grund angenommen werden, so wäre die Tat möglicherweise gerechtfertigt oder entschuldigt.²³³¹ Nicht zulässig ist sodann der Vorwurf, das Opfer habe dem Täter «keinerlei Anlass» für einen Angriff gegeben²³³² oder der Täter sei «grundlos» gegen das Opfer vorgegangen.²³³³ Einen solchen Vorwurf machte jedoch auch das Obergericht Zürich gegenüber dem Täter bei seiner Verurteilung wegen falscher Anschuldigung i.S.v. Art. 303 Ziff. 1 Abs. 1 StGB.²³³⁴ Nicht erlaubt ist mithin auch der strafehörende Vorhalt, «dass die Tat vom Angeklagten [...] ohne jede Vorwarnung verübt wurde [...]».²³³⁵

Ebenso wenig darf dem Täter angelastet werden, er sei keinem Irrtum über die Rechtswidrigkeit gem. Art. 21 StGB erlegen bzw. ihm sei bewusst

DETTNER, in: FS BGH, 700; GRIBBOHM, in: FS Salger, 41; SCHÄFER/SANDER/VANGEMMEL-RENÖ, Rz. 697; LK StGB IV¹³-U. SCHNEIDER, § 46 N 263; NK StGB I⁵-STRENG, § 46 N 127; DERS., in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius, Bd. 3, § 66 N 203.

2326 BGH, Urteil 5 StR 315/08 vom 4. September 2008.

2327 Vgl. STRENG, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius, Bd. 3, § 66 N 203; WILCKEN (2004), 58.

2328 AppGer BS, Urteil SB.2014.27 vom 13. Januar 2015, E. 3.6.

2329 Vgl. BGer, Urteil 6B_69/2014 vom 9. Oktober 2014, E. 2.4.

2330 So etwa OGer ZH, Urteil SB100679 vom 20. Juli 2011, E. II.3.3.2 («[...] die Autofahrt des Angeklagten [hätte] nicht zwingend [...] erfolgen müssen [...]).

2331 Vgl. FAHL, ZStW 1999, 160.

2332 BGH, Urteil 2 StR 119/13 vom 9. Oktober 2013; 3 StR 106/10 vom 27. April 2010; MK⁴-MAIER, § 46 N 539; vgl. auch Komm. Strafgesetzbuch⁴-VON HEINTSCHEL-HEINEGG, § 46 N 128.

2333 BGH, Urteil 4 StR 207/934 vom 4. Mai 1993; das Bundesgericht scheint dies jedoch nicht als Verstoß anzusehen, vgl. etwa BGer, Urteil 6B_935/2017 vom 9. Februar 2018, E. 2.4 («Der Beschwerdeführer hat für den Beschwerdegegner unvorhersehbar und ohne ersichtlichen Grund mit einem Messer mit einer langen Klinge auf diesen eingestochen [...]).

2334 OGer ZH, Urteil SE090024 vom 17. November 2009, E. III.2b («In der nachfolgenden Strafuntersuchung bezichtigte er den Mitangeschuldigten [...] ohne jeden Anlass [...] eines schweren Delikts [...]).

2335 BGH, Urteil 2 StR 539/74 vom 27. November 1974.

gewesen, Unrecht zu tun.²³³⁶ Das Bewusstsein, Unrecht zu tun, ist nämlich ebenfalls überhaupt erst Voraussetzung für die Strafbarkeit der jeweiligen Verhaltensweisen; die Kenntnis von der Strafbarkeit des Tuns darf dem Täter daher nicht straf erhöhend zugerechnet werden.²³³⁷ Ebenfalls darf nicht erneut berücksichtigt werden, dass der Täter volle strafrechtliche Schuldfähigkeit besass oder alleine Schuld an einem Unfall war.²³³⁸ Der Erfüllung eines Tatbestands liegt nämlich die Überlegung zugrunde, dass der Täter diesen durch sein eigenes Verschulden verwirklicht hat. Derselbe Umstand darf ihm entsprechend nicht zusätzlich straf erhöhend angerechnet werden.²³³⁹ Unzulässig ist schliesslich die straf erhöhende Feststellung, dass der Täter nicht in einem entschuldigenden Notstand gehandelt hat, da eine schuldhaftige Tatbegehung Voraussetzung für die Strafbarkeit des Verhaltens darstellt.²³⁴⁰

j. Zusammentreffen von Strafminderungs- und Strafmilderungsgründen

Denkbar ist eine Verletzung des Doppelverwertungsverbots auch im Falle des Zusammentreffens von Strafminderungs- und Strafmilderungsgründen. So kann ein Milderungsgrund bereits einen verschuldensherabsetzenden Umstand umfassen, der ebenfalls in einem Strafminderungsgrund enthalten ist. Dies würde etwa für den Milderungsgrund von Art. 48 lit. e StGB gelten, der neben Zeitablauf das Wohlverhalten des Täters voraussetzt. Bei Bejahung der Voraussetzungen würde eine Doppelverwertung vorliegen, wenn zusätzlich dem Täter im Rahmen von Art. 47 StGB strafmindernd ein positives Nachtatverhalten im Sinne von Straffreiheit zugutegehalten würde.²³⁴¹ Dies wäre aber nur dann zu bejahen, sofern das Wohlverhalten des Täters resp. seine Straffreiheit seit der Tat als *verschuldensrelevanter* Zumessungsgrund angesehen wird. Wie bereits im ersten Teil der vorliegenden Abhandlung dargelegt wurde, sieht zwar ein Teil der Lehre und Praxis in einem positiven Nachtatverhalten eine «Erkenntnisquelle für die Täterpersönlichkeit» und will auf diese Weise

2336 SCHÄFER / SANDER / VAN GEMMEREN⁶, Rz. 697; LK StGB II¹²-THEUNE, § 46 N 273; WILCKEN (2004), 58.

2337 Vgl. BGH, Urteil 2 StR 496/14 vom 5. Februar 2015; WILCKEN (2004), 58.

2338 BGH, Urteil 4 StR 73/62 vom 18. Mai 1962; 4 StR 406/61 vom 8. Dezember 1961; BRUNS² (1985), 135; GRIBBOHM, in: FS Salger, 41.

2339 BGH, Urteil 4 StR 73/62 vom 18. Mai 1962; GRIBBOHM, in: FS Salger, 41.

2340 LK StGB IV¹³-U. SCHNEIDER, § 46 N 263.

2341 So OGer AR, Urteil O2S 071 vom 28. April 2009, E. 2.1.4, gerügt vom Bundesgericht in BGER, Urteil 6B_866/2009 vom 22. Februar 2010, E. 1.1.4 («Die Vorinstanz berücksichtigt die Straffreiheit seit der zu beurteilenden Straftat zu Unrecht doppelt, einmal beim positiven Nachtatverhalten und einmal mit Hinweis auf Art. 48 lit. e StGB [...]»).

eine Verbindung mit dem Verschulden des Täters herstellen. Diese Sichtweise ist jedoch – zu Recht – nicht unbestritten.²³⁴²

Theoretisch denkbar (gewesen) wäre die Anwendbarkeit des Verbots auch auf das Zusammentreffen von Straferhöhungs- und Strafschärfungsgründen (z.B. eine Strafschärfung aufgrund eines «Rückfalls» sowie eine Straferhöhung aufgrund einschlägiger Vorstrafen), da jedoch nach der Revision des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuchs die Deliktsmehrheit im Falle von echter Konkurrenz den einzigen Strafschärfungsgrund darstellt, ist auf diese Variante nicht weiter einzugehen. Zudem wäre auch beim Straferhöhungsgrund der einschlägigen Vorstrafen fraglich, ob es sich hierbei überhaupt um einen Zumessungsumstand handelt, der sich auf das Verschulden bezieht.²³⁴³

k. Präventive Merkmale

Da auf das Schuldprinzip als Geltungsgrund des Doppelverwertungsverbots erkannt wurde, können *präventionsrelevante* Umstände bei der Strafzumessung konsequenterweise *nicht* unter das Verbot subsumiert werden.²³⁴⁴ Es kann in diesem Zusammenhang nicht oft genug darauf hingewiesen werden, dass es – auch – aus diesem Grund von immenser Wichtigkeit ist, präventive Strafzumessungsumstände klar von verschuldensrelevanten abzugrenzen.²³⁴⁵ Zudem werden, wie bereits aufgezeigt wurde, bei der Strafzumessung i.e.S. präventive Zumessungsgründe unter Anwendung der (asymmetrischen) Spielraumtheorie ohnedies erst *nach* der Festsetzung des Schuldrahmens, der die schon bzw. noch schuldangemessen Strafhöhen enthält, in den Zumessungsentscheid miteinbezogen,²³⁴⁶ weshalb sie – anders als etwa Tatbestandsmerkmale – auch gar nicht das «Dass» der Verwirklichung eines bestimmten Tatbestands betreffen (und dadurch bereits verbraucht wären). Nach vorliegender Ansicht kann die Strafhöhe hierbei ferner in den meisten Fällen nur durch positiv-spezial- und -generalpräventive Zwecke beeinflusst werden,²³⁴⁷ was Überlegungen, die auf individueller und genereller Abschreckung beruhen, zumeist ohnehin von der Strafzumessung i.e.S. ausschliesst.

2342 Vgl. vorne I.D.2.b.a2.iii.

2343 Vgl. für die Kritik hierzu vorne I.D.2.b.a2.i.

2344 Siehe bereits vorne II.D.5.b.

2345 Vgl. so schon vorne I.D.2.b.

2346 Vgl. vorne I.D.2.a.a3.ii.

2347 Vgl. vorne I.D.2.a.a2.

3. Die besondere Ausprägung eines Zumessungsmerkmals

Angesichts des umfangreichen Geltungsbereichs des Doppelverwertungsverbots könnte man nun geneigt sein, anzunehmen, dass das Doppelverwertungsverbot dazu führe, dass bei der Strafzumessung sämtliche Zumessungsumstände, die bereits in irgendeiner Art für die Begründung des Schuldspruchs selbst herangezogen wurden, gänzlich unerwähnt zu bleiben hätten. Die heutige Rechtsprechung und Lehre sind sich jedoch einig, dass im Gegensatz zum alleinigen Umstand des Vorliegens von Tatbestandsmerkmalen – resp. jedweden verschuldensrelevanten Zumessungsumständen – deren *konkrete Ausprägung* resp. deren *Ausmass* für die Strafzumessung von Bedeutung sein kann bzw. sein muss.²³⁴⁸ Trägt der Strafzumessungsgrund nämlich zur *besonderen Kennzeichnung* der Einzeltat im Sinne der Bestimmung der Verschuldenshöhe innerhalb der Tatgruppe wesentlich bei, so muss er als Bewertungskriterium zulässig sein.²³⁴⁹ Lediglich das «Dass» der Verwirklichung des fraglichen Tatbestandsmerkmals ist unter verschuldensrelevanten Gesichtspunkten aufgebraucht, nicht hingegen das «Wie» (wie gross, wie intensiv, wie stark usw.).²³⁵⁰ So sind etwa *quantitative* und *qualitative* Abstufungen im Rahmen der Tatbestandsverwirklichung oder Verhaltensweisen, die über die Vollendung des jeweiligen Tatbestands hinausgehen, bei der konkreten Strafzumessung zu berücksichtigen.²³⁵¹ Das Bundesgericht äusserte sich in seiner

2348 BGE 120 IV 67, E. 2b; 118 IV 342, E. 2b («Der Richter ist dagegen nicht gehindert zu berücksichtigen, in welchem Ausmass ein qualifizierender oder privilegierender Tatumstand gegeben ist [...]»); BGer, Urteil 6B_1441/2021 vom 28. September 2022, E. 1.3.1 («[Le juge] peut toutefois apprécier l'importance que ces circonstances revêtent dans le cas particulier dans le cadre de l'art. 47 al. 2 CP [...]»); BStGer, Urteil SK.2010.17 vom 17. Dezember 2010, E. 4.2.2a; OGer AG, Urteil SST.2018.147 vom 20. Juni 2018, E. 2.2; AppGer BS, Urteil SB.2020.5 vom 11. September 2020 E. 4.3.1; SB.2017.123 vom 17. Mai 2018, E. 3.4.1; SB.2016.128 vom 6. Februar 2018, E. 4.3.1; SB.2016.71 vom 5. Dezember 2017, E. 3.2; KGer BL, Urteil 460 14 214 vom 5. Juni 2015, E. 3.2e; 460 14 4 vom 2. Juni 2014, E. 5.3; OGer ZH, Urteil SB200463 vom 24. Juni 2021, E. 2.3; SB130132 vom 29. Juni 2015, E. 6.1; SE100016 vom 25. November 2010, E. 3.3; BRUNS, in: FS Mayer, 361; DUBS, in: FG SJ, 14; WK StGB²-EBNER, § 32 N 64; EHRHARDT (1965), 93 f.; HAUSER (1985), 71; LK StGB I⁸-JAGUSCH, Vor § 13 B II 1d; JUNG, JR 1931, 18 f.; MATHYS², Rz. 86, 96 ff.; PC CP², Art. 47 N 24; CR CP I²-PELLET, Art. 47 N 2; LK StGB II¹²-THEUNE, § 46 N 263; StGB PK⁴-TRECHSEL/M. SEELMANN, Art. 47 N 34; WIPRÄCHTIGER, ZStrR 1996, 450; HK StGB⁴-WOHLERS, Art. 47 N 9; vgl. auch EGE (2017), 196.

2349 HETTINGER (1982), 126; s.a. EISENBERG, in: FS Riess, 832.

2350 HAUSER (1985), 71; LK StGB I⁸-JAGUSCH, Vor § 13 B II 1d; NK StGB I⁵-STRENG, § 46 N 128; DERS., in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius, Bd. 3, § 66 N 204; StGB PK⁴-TRECHSEL/M. SEELMANN, Art. 47 N 34; vgl. auch BRUNS, in: FS Mayer, 362.

2351 AppGer BS, Urteil SB.2016.49 vom 4. April 2017, E. 7.1 («Im Zusammenhang mit qualifizierenden oder privilegierenden Tatumständen, die zur Eröffnung eines anderen Strafrahmens führen, ist indessen zu beachten, dass zwar die blosser Verwirklichung des entsprechenden Tatbestandsmerkmals nicht mehr in die Strafzumessung einfließen darf, dass aber

Rechtsprechung zu diesem Prinzip erstmals in den frühen 1990er-Jahren, als es festhielt, dass das Gericht nicht gehindert sei «zu berücksichtigen, in welchem Ausmass ein qualifizierender oder privilegierender Tatumstand gegeben» sei.²³⁵² Auch in diesem Zusammenhang mag es – wie bei zahlreichen weiteren Entscheiden zur Strafzumessung in jener Zeit – kein Zufall sein, dass nur kurz zuvor das 1989 in erster Auflage erschienene Lehrbuch zu den Strafen und Massnahmen von GÜNTER STRATENWERTH erschienen war, das (erstmalig) eine umfassende und fundierte Darstellung der Strafzumessung enthielt.²³⁵³ Darin hielt STRATENWERTH auch zur vorliegenden Thematik fest, dass die verschiedenen Intensitätsgrade tatbestandlich umschriebenen Verhaltens problemlos einer Bewertung offenstünden (bspw. das Mass an psychischem Zwang bei Gewaltdelikten, beim Betrug die Plumpheit oder Raffinesse der Irreführung usw.).²³⁵⁴ Die entsprechende bundesgerichtliche Rechtsprechung zur besonderen Ausprägung eines Tatbestandsmerkmals resp. eines qualifizierenden oder privilegierenden Tatumstands wurde seither in einer Vielzahl von Entscheiden bestätigt.²³⁵⁵

Dass die besondere Ausprägung eines Zumessungsmerkmals bei der Strafhöhenbestimmung berücksichtigt werden kann, gilt aufgrund des Schuldprinzips als Geltungsgrund nicht nur für die eigentlichen Tatbestandsmerkmale, sondern ebenso auch für *alle anderen vorerwähnten abstufungsfähigen Umstände*, die einen Einfluss auf das Verschulden des Täters haben können.²³⁵⁶

die Berücksichtigung des Ausmasses, in welchem ein qualifizierender oder privilegierender Tatumstand verwirklicht wird, im Gegenteil geboten ist [...]»; KG FR, Urteil 5012016188 vom 22. März 2017, E. 4a; 501201623 vom 9. Januar 2017, E. 4g/bb; OGer ZH, Urteil SB210015 vom 19. Oktober 2021, E. 3.2.1; Begründung E-StGB/1962/D, 181 («Das bedeutet allerdings nicht, dass es dem Richter verwehrt wäre, die besondere Art, in der solche Umstände des Tatbestandes im Einzelfall gegeben oder verwirklicht worden sind, bei der Strafzumessung zu verwerten [...]»); BGH, Urteil 1 StR 62/90 vom 14. August 1990; JUNG, JR 1931, 19; SCHÄFER/SANDER/VAN GEMMEREN⁶, Rz. 694; STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 22; NK StGB I⁵-STRENG, § 46 N 128; BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 102.

2352 BGE 118 IV 142, E. 2b.

2353 STRATENWERTH AT II¹, § 7 N 1 ff.; vgl. dazu vorne I.C.6.

2354 STRATENWERTH AT II¹, § 7 N 21.

2355 Siehe etwa BGE 120 IV 67, E. 2b; BGer, Urteil 6B_1024/2021 vom 2. Juni 2022, E. 5.2.2; 6B_1038/2017 vom 31. Juli 2018, E. 2.6.1; 6B_685/2017 vom 20. September 2017, E. 5.2; 6B_748/2016 vom 22. August 2016, E. 7.3; 6B_1196/2015 vom 27. Juni 2016, E. 2.3.4; 6B_1192/2014 vom 24. April 2015, E. 5.4.2; 6B_172/2011 vom 23. Dezember 2011, E. 3.4.2; 6B_294/2010 vom 15. Juli 2010, E. 3.3.2; 6B_1038/2009 vom 27. April 2010, E. 3.3.2 («Es verstösst nicht gegen das Doppelverwertungsverbot, bestimmte Umstände, welche Tatbestandsmerkmale oder gesetzliche Qualifikationsgründe darstellen, bei der Strafzumessung strafehöhend zu berücksichtigen. Denn das Ausmass solcher Umstände kann mehr oder weniger gross sein [...]»); 6S.44/2007 vom 6. Juni 2007, E. 4.3.2; 6S.448/2004 vom 3. Oktober 2005, E. 7.5.

2356 Vgl. vorne II.F.2.; ein Fehler wäre es jedoch etwa bei Verletzungs- oder Tötungsdelikten eine wertabstufende Berücksichtigung je nach Opfer der Tat vorzunehmen (alt oder

Berücksichtigt werden dürfen so bspw. das Ausmass von Qualifizierungs- und Privilegierungsgründen, die zur Öffnung des Strafrahmens nach oben und/oder unten geführt haben,²³⁵⁷ der Grad der Fahrlässigkeit resp. das Ausmass der Sorgfaltspflichtverletzung²³⁵⁸ oder die Art des Vorsatzes.²³⁵⁹ Beim Versuch kann des Weiteren berücksichtigt werden, wie weit die Tat im Rahmen der Versuchsphase fortgeschritten ist,²³⁶⁰ während es bei der Gehilfenschaft etwa miteinzubeziehen gilt, wie nahe der Gehilfe mit seinem Tatbeitrag der Intensität eines (Haupt-)Täters gekommen ist.²³⁶¹

Bei einzelnen Tatbeständen sind bspw. folgende besondere Ausprägungen von Zumessungstatsachen zulässig: Bei Verletzungsdelikten nach Art. 122 ff. StGB ist u.a. die Schwere der Verletzung miteinzubeziehen, während es bei den Tötungsdelikten gem. 111 ff. StGB – aufgrund der nicht möglichen Abstufung der Rechtsgutverletzung selbst – vielmehr auf die Art und Weise der Tatbegehung ankommt.²³⁶² Selbstverständlich darf auch berücksichtigt werden, dass durch die Tat bspw. der Tod *mehrerer* Personen verursacht worden ist.²³⁶³ Im

jung, gesund oder krank usw.), da dies gegen das in Art. 8 BV statuierte Rechtsgleichheitsgebot verstossen würde, vgl. FAHL (1996), 31; STRENG, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius, Bd. 3, § 66 N 206; WILCKEN (2004), 27; so aber etwa BGH, Urteil 4 StR 158/97 vom 29. April 1997 (Tötungsversuch an einem Sterbenden).

2357 BGer, Urteil 6B_1196/2015 vom 27. Juni 2016, E. 2.3.4; 6B_658/2013 vom 22. Januar 2014 E. 4.4; 6P.90/2004 vom 5. November 2004, E. 5.2; OGer ZH, Urteil SE100016 vom 25. November 2010, E. 3.3.

2358 WK StGB²-EBNER, § 32 N 65; NK StGB I⁵-STRENG, § 46 N 129; DERS., in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius, Bd. 3, § 66 N 205.

2359 Verschuldenserhöhend wäre etwa ein *dolus directus* 1. Grades, wenn bereits ein *dolus eventualis* für die Tatbestandserfüllung ausreichend ist; vgl. EL-GHAZI, JZ 2014, 183.

2360 NK StGB I⁵-STRENG, § 46 N 129; DERS., in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius, Bd. 3, § 66 N 205.

2361 NK StGB I⁵-STRENG, § 46 N 129.

2362 BGer, Urteil 6S.448/2004 vom 3. Oktober 2005, E. 7.5 («Es liegt auf der Hand, dass die Bemessung der konkreten Strafe innerhalb des weiten Strafrahmens für versuchte Anstiftung zu Mord gerade auch vom Ausmass der besonderen Skrupellosigkeit beziehungsweise der besonderen Verwerflichkeit der Beweggründe abhängt, welches die Schwere des Verschuldens wesentlich mitbestimmt [...]»); STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 22; vgl. auch BGH, Urteil 4 StR 168/13 vom 18. Juli 2013: «Soweit das Landgericht im Rahmen der Strafzumessung zu Lasten des Angeklagten die «gesundheitlichen Folgen der Tat für die Geschädigten» berücksichtigt [...], lässt dies besorgen, dass mit dem Erfolg der Körperverletzung ein Merkmal des gesetzlichen Tatbestandes zu seinem Nachteil in Ansatz gebracht worden ist (§ 46 Abs. 3 StGB). Etwas anderes kann sich nur dann ergeben, wenn quantitative oder qualitative Besonderheiten der Körperverletzung zum Anlass von entsprechenden Strafzumessungserwägungen genommen werden [...]»; 2 StR 540/14 vom 29. April 2015: «[...] das Landgericht legt [...] nicht dar, worin es das an sich denkbare gesteigerte Unrecht sieht, das das Mass an Schmerzen und Verletzungen übersteigt, das allgemein mit einer Körperverletzungshandlung verbunden ist [...]»; SCHÄFER/SANDER/VAN GEMMEREN⁶, Rz. 691; STRENG, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius, Bd. 3, § 66 N 205; LK StGB II¹²-THEUNE, § 46 N 146.

2363 BGH, Urteil 4 StR 73/62 vom 18. Mai 1962.

Fall der Qualifizierung des Mordes gegenüber der vorsätzlichen Tötung durch eine skrupellose Vorgehensweise – bspw. eine besonders verwerfliche Ausführung der Tat – kann so der Umstand der verwerflichen Ausführung nochmals straf erhöhend berücksichtigt werden, sofern die Ausführung etwa eine – im Vergleich zu anderen besonders grausamen Tötungen – besondere Schwere aufweist und dadurch von anderen Ausführungsweisen unterscheidbar und dementsprechend eine Abstufung möglich ist.²³⁶⁴ Dasselbe muss auch für den umgekehrten Fall des Totschlags gelten. Obgleich der Umstand der entschuldlichen heftigen Gemütsbewegung oder der grossen seelischen Belastung bereits einen privilegierenden Strafrahmen eröffnet, kann bspw. die *Intensität* der Gemütsbewegung gleichwohl «nochmals» innerhalb des neuen Strafrahmens berücksichtigt werden.²³⁶⁵ Des Weiteren ist etwa auch das Ausmass der Gefährdung des Opfers beim Tatbestand der Gefährdung des Lebens (Art. 129 StGB) miteinzubeziehen, wenn die Gefährdung «über die den Tatbestand bereits erfüllende Gefährdung hinausgeht»²³⁶⁶ oder aufgrund einer besonders hohen Geschwindigkeitsüberschreitung eine besondere Rücksichtslosigkeit angenommen wird.²³⁶⁷ Ebenso muss die mehr oder weniger grausame Behandlung beim qualifizierten Raub (Art. 140 Ziff. 4 StGB),²³⁶⁸ die besondere Schwere der bei der Vergewaltigung angewendeten Gewalt (Art. 190 StGB),²³⁶⁹ das Ausmass der Schmerzen des Opfers bei einer Schändung (Art. 191 StGB),²³⁷⁰ die Schwere der Misshandlung des Opfers oder die Willensintensität des Täters

2364 BGer, Urteil 6S.448/2004 vom 3. Oktober 2005, E. 7.5 («Es liegt auf der Hand, dass die Bemessung der konkreten Strafe innerhalb des weiten Strafrahmens für versuchte Anstiftung zu Mord gerade auch vom Ausmass der besonderen Skrupellosigkeit beziehungsweise der besonderen Verwerflichkeit der Beweggründe abhängt, welches die Schwere des Verschuldens wesentlich mitbestimmt [...]»); BSK StGB I⁴-SCHWARZENEGGER, Art. 112 N 8, 31, der jedoch zusammen mit der h.L. und Praxis ausführt, dass es sich beim Mordtatbestand als Generalklausel mit Regelbeispiel um eine Strafzumessungsregel und nicht um eine Qualifizierung der vorsätzlichen Tötung handle; s.a. BGer, Urteil 6S.21/2003 vom 11. März 2003, E. 3.2.2; 6S.104/2002 vom 22. Oktober 2003, E. 4; 6P.152/2005 vom 15. Februar 2006, E. 8.3; 6B_21/2010 vom 4. März 2010, E. 7.5; AppGer BS, Urteil SB.2019.37 vom 17. Dezember 2021, E. 5.4.1.

2365 Vgl. BGer, Urteil 6B_1038/2017 vom 31. Juli 2018, E. 2.6.1; s.a. EGE (2017), 199 ff.

2366 AppGer BS, Urteil SB.2017.123 vom 17. Mai 2018, E. 3.4.1.

2367 BGer, Urteil 6B_1038/2009 vom 27. April 2010, E. 3.3.3.

2368 BGE 118 IV 342, E. 2b («Hat somit etwa der Räuber das Opfer grausam behandelt und erhöht sich deshalb der Strafrahmen [...], darf der Richter die Strafe wegen der grausamen Behandlung des Opfers zwar nicht noch einmal anheben. Er ist hingegen bei der Festsetzung der Strafe innerhalb des erhöhten Strafrahmens nicht nur berechtigt, sondern verpflichtet zu gewichten, wie grausam der Räuber das Opfer behandelt hat [...]»).

2369 SCHÄFER/SANDER/VAN GEMMEREN⁶, Rz. 694; vgl. auch AppGer BS, Urteil SB.2021.9 vom 30. Juli 2021, E. 10.4.2.

2370 BGer, Urteil 6B_92/2021 vom 30. Juni 2021, E. 1.4.1.

bei sexuellen Handlungen mit einem Kind (Art. 187 StGB),²³⁷¹ die ausserordentliche Schwere des Falles einer gemeinsamen Tatbegehung im Rahmen von Art. 200 StGB,²³⁷² die Intensität der selbstsüchtigen Beweggründe bei der Verleitung und Beihilfe zum Selbstmord (Art. 115 StGB),²³⁷³ die Art der Täuschung oder die Ausnutzung des «Schuldbewusstseins» des Opfers beim Betrug (Art. 146 StGB),²³⁷⁴ die Grösse des finanziellen Schadens bei Vermögensdelikten,²³⁷⁵ das Ausmass der Gesundheitsgefährdung durch die Menge an Betäubungsmitteln (Art. 19 BetmG),²³⁷⁶ die konkreten Tatbeiträge einzelner Bandenmitglieder²³⁷⁷ oder die Anzahl der Einsätze einer ent-

2371 BGer, Urteil 6B_131/2008 vom 12. August 2008, E. 1.4 («Dass er nämlich das Opfer auch noch in die Schweiz einlud, um den Geschlechtsverkehr zu vollziehen, belegt eine zusätzliche Willensintensität, die straf erhöhend zu berücksichtigen ist [...]»); STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 22.

2372 BGer, Urteil 6P.90/2004 vom 5. November 2004, E. 5.2 («[...] vorliegend ist – führt man sich das konkrete Tatgeschehen und den Tatablauf vor Augen – von einem ausserordentlich schweren Fall im Rahmen von Art. 200 StGB auszugehen. Die Vorinstanz hat daher den in Mittäterschaft begangenen sexuellen Missbrauch des Opfers [...] bei der Verschuldens- und Straf bemessung zu Lasten des Beschwerdeführers berücksichtigen dürfen»).

2373 DUBS, in: FG SJ, 14.

2374 BGer, Urteil 6B_596/2012 vom 25. April 2013, E. 5.4 («Sie berücksichtigt im Rahmen der Strafzumessung auch nicht ein zweites Mal, dass der Beschwerdeführer ein Lügengebäude errichtet hat. Vielmehr begründet sie ihre Bewertung des Verschuldens damit, dass er das von den Kapitalsuchenden durch das Lügengebäude erschlichene Vertrauen schamlos missbraucht habe [...]»); 6B_496/2020 vom 11. Januar 2021, E. 3.6; STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 22.

2375 EL-GHAZI, JZ 2014, 183.

2376 BGE 118 IV 342, E. 2bf.; BGer, Urteil 6B_1024/2021 vom 2. Juni 2022, E. 5.2.2; 6B_1302/2020 vom 3. Februar 2021, E. 3.3; 6B_294/2010 vom 15. Juli 2010, E. 3.3.2 («Liegt die angelastete Betäubungsmittelmenge, wie vorliegend, ein Vielfaches über dem Grenzwert für die Annahme eines schweren Falls, darf die Menge der umgesetzten Drogen unter Berücksichtigung der damit einhergehenden Gesundheitsgefährdung vieler Menschen bei der Strafzumessung zusätzlich straf erhöhend berücksichtigt werden [...]»); 6P.149/2006 vom 12. Oktober 2006, E. 7.3; OGer ZH, Urteil SB210015 vom 19. Oktober 2021, E. 3.2.1; PC CP², Art. 47 N 24; CR CP I²-PELLET, Art. 47 N 2; STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 22.

2377 BGer, Urteil 6B_1302/2020 vom 3. Februar 2021, E. 3.3 («[...] trägt sie innerhalb der Merkmale des banden- und gewerbsmässigen Handels zu Recht einerseits der Intensität der Tatbegehung und damit dem Grad der kriminellen Energie [...] Rechnung. Denn das Ausmass des gewerbsmässigen Betäubungsmittelhandels und die Art und Weise der bandenmässigen Tatbegehung ist bei der Strafzumessung auch unter Verschuldensgesichtspunkten zu würdigen. Dies ist ebenso zulässig wie die verschuldenserhöhende Berücksichtigung der Dauer der Handelstätigkeit [...]»); 6B_786/2014 vom 10. April 2015, E. 1.5.3 («Wenn die Vorinstanz aufgrund dieses Vorgehens ausführt, der Beschwerdeführer sowie seine Mittäter seien professionell vorgegangen und hätten eine hohe kriminelle Energie offenbart, ist das nicht zu beanstanden. Sie durfte dies verschuldenserhöhend gewichten [...]»); vgl. auch BGE 72 IV 110, E. 3; ARZT, recht 1994, Rz. 60; BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 103.

wendeten Bankkarte und die dabei jeweils belasteten Beträge beim gewerbsmässigen betrügerischen Missbrauch einer Datenverarbeitungsanlage (Art. 147 Abs. 2 StGB)²³⁷⁸ berücksichtigt werden.

4. Das Doppelverwertungsverbot bei der Strafzumessung i.w.S.

Wie bereits im ersten Teil der vorliegenden Abhandlung aufgezeigt wurde, umfasst die Strafzumessung in einer Vielzahl der Fälle nicht nur die Bestimmung der konkreten Strafhöhe, sondern hat sich – als Strafzumessung i.w.S. – auch mit Fragen der übrigen – teilweise daraus erwachsenden – Rechtsfolgen auseinanderzusetzen.²³⁷⁹ Darunter fallen etwa einerseits die durch das Gericht vorgenommene Auswahl der jeweiligen Sanktionsart sowie andererseits auch die verschiedenen Strafmodi.²³⁸⁰ Sowohl bei der Frage nach der Wahl der Straftat als auch bei der Entscheidung, ob eine Sanktion (teil-)bedingt oder unbedingt vollzogen wird, ist auf *präventionsgeleitete* Kriterien zurückzugreifen, da bei beiden Konstellationen auf die Legalprognose des Täters abzustellen ist.²³⁸¹ Wenn nun, wie nach vorliegender Ansicht vertreten wird, präventive Umstände bereits bei der Strafzumessung i.e.S. im Rahmen der (asymmetrischen) Spielraumtheorie in den Vorgang der Strafhöhenbemessung einzubeziehen sind,²³⁸² führt dies grundsätzlich bei denjenigen Fällen zu einer (möglichen) doppelten Berücksichtigung gewisser präventiver Zumessungsumstände, bei denen eine Strafe von nicht über 180 Strafeinheiten (Frage der Straftat) oder nicht über zwei resp. drei Jahre Freiheitsstrafe (Frage des Strafmodus) ausgesprochen wird.²³⁸³

2378 BGer, Urteil 6B_368/2020 vom 24. November 2021, E. 2.3.1.

2379 Vgl. vorne I.A. sowie I.D.2.d.

2380 Vgl. vorne I.D.2.d.

2381 Vgl. vorne I.D.2.d.; BGE 134 IV 97, E. 4.2; StGB AK StGB-ACHERMANN, Art. 42 N 4, 12 ff.; BSK StGB I⁴-MAZZUCHELLI, Art. 41 N 39 f.; StGB PK⁴-TRECHSEL/KELLER, Art. 41 N 1 f.; PK⁴-TRECHSEL/PIETH, Art. 42 N 1, 3, 7 f.; s.a. BOMMER, ZStrR 2017, 372; GETH⁷, Rz. 563.

2382 Vgl. vorne I.D.2.a.a3.ii.

2383 Vgl. BGE 134 IV 1, E. 4.2.1 (*«In die Beurteilung mit einzubeziehen sind neben den Tatumständen auch das Vorleben und der Leumund sowie alle weiteren Tatsachen, die gültige Schlüsse auf den Charakter des Täters und die Aussichten seiner Bewährung zulassen [...]»*); s.a. BSK StGB I⁴-R. SCHNEIDER/GARRÉ, Art. 42 N 54 ff.; anders sähe es etwa bei der Stellenwerttheorie aus, in deren Rahmen die Straffestsetzung (Strafzumessung i.e.S.) allein aufgrund der Verschuldenshöhe vorzunehmen ist. Präventive Umstände fliessen erst in einem zweiten Schritt in den Zumessungsvorgang ein, wenn bei der Strafzumessung i.w.S. darüber entschieden wird, was für eine Straftat für die schuldangemessene Strafe zu verhängen wird und ob sie auch tatsächlich zu vollziehen ist, vgl. hierzu vorne I.D.2.a.a3.iii.; m.w.H. zur «doppelspurigen» Strafzumessung HORN, in: FSSchaffstein, 241 ff.

In der schweizerischen Lehre hat, soweit ersichtlich, noch keine eingehende Diskussion zur Frage stattgefunden, ob eine solche erneute Berücksichtigung präventiver Zumessungsfaktoren unter der Geltung des Doppelverwertungsverbots überhaupt zulässig ist. Dies mag wohl insbesondere mit dem Umstand zusammenhängen, dass – wie bereits aufgezeigt werden konnte – auch das Doppelverwertungsverbot selbst in der schweizerischen Lehre und Praxis bislang noch keine umfassende Rezeption erfahren hat.²³⁸⁴ Dass präventive Umstände aber bei der Strafzumessung i.w.S. Anwendung finden, ist grundsätzlich unbestritten. Dies wird denn auch klar vom Gesetz selbst für die Frage der Wahl der Straftat sowie der Strafmodi in Art. 41 Abs. 1 lit. a StGB bzw. Art. 42 Abs. 1 StGB festgehalten.²³⁸⁵ Sofern sich eine Äusserung zur dieser Thematik findet, wird zugunsten einer doppelten Verwertung etwa vorgebracht, dass Strafzumessung und bedingter Strafvollzug voneinander unabhängig seien, sodass das gleiche Merkmal sowohl als Strafzumessungsgrund als auch für oder gegen die Gewährung des bedingten Vollzugs verwendet werden könne.²³⁸⁶ Eine gegenteilige Ansicht wurde jedoch auch schon in der kantonalen Praxis vertreten, als etwa das Kantonsgericht St. Gallen eine «volle» doppelte Verwertung in einem Entscheid aus dem Jahre 1994 verneinte: «Ein und derselbe Umstand (einschlägige Vorstrafe) darf nicht voll doppelt verwertet werden, zuerst bei der Strafzumessung und dann nochmals bei der Verweigerung des bedingten Strafvollzugs, auch wenn die zweifache Berücksichtigung sich ein Stück weit aus dem Strafgesetzbuch ergibt.»²³⁸⁷

In der deutschen (und österreichischen) Strafzumessungsdogmatik wurde eine Anwendung des Doppelverwertungsverbots auf derartige Konstellationen zunächst ebenfalls noch bejaht,²³⁸⁸ Praxis und Lehre haben jedoch eingesehen, dass derartige präventive Umstände für die Frage der Straftat und des Strafmodus erneut verwertet werden müssen; so sprechen sich mithin die neuere h.L. und Praxis nun einhellig gegen die Anwendung des Doppelverwertungsverbots in diesen Punkten aus.²³⁸⁹ Letzterer Ansicht ist zwar nach

2384 Vgl. vorne II.C.4. f.

2385 Vgl. vorne I.D.2.d.

2386 VON WERDT (1956), 106.

2387 KGer SG, Urteil vom 23. Februar 1994, auszugsweise abgedruckt in: GVP-SG 1994, 108; bei dieser Erwägung zeigt sich beim Zumessungskriterium der Vorstrafen die Problematik, dass verschuldensrelevante und präventionsbezogene Überlegungen oftmals unbesehen miteinander vermischt werden, ohne dass eine eigentliche strafzweckspezifische Zuordnung erfolgt, vgl. dafür vorne I.D.2.b.a2.i.

2388 So etwa MAURACH (1960), 37, der vom «Gespens doppelter Buchführung» spricht.

2389 BRUNS, in: FS Mayer, 369 ff.; DERS.² (1985), 138 ff.; DERS.² (1974), 375 ff. BRUNS/GÜNTGE³, 177 f.; WK StGB²-EBNER, § 32 N 74; S/S³⁰-KINZIG, § 46 N 50; LK StGB IV¹³-U. SCHNEIDER, § 46 N 267; ZAGLER, AnwBl 1976, 484; ZIPF (1977), 40, 43; vgl. auch BGH, Urteil 2 StR

vorliegender Auffassung zuzustimmen, jedoch können die hierfür aufgeführten Begründungsansätze nicht restlos überzeugen: Die herrschende deutsche und österreichische Lehre argumentiert bspw., eine doppelte Berücksichtigung präventiver Merkmale müsse zulässig sein, da es sich um einen «anderen Teilaspekt der Strafzumessung» handle, der Gesetzgeber die «Kombination von «Strafzumessung und Strafaussetzung» bewusst geschaffen» habe oder «mehrdeutige» Umstände klarerweise mehrfach verwendet werden dürfen.²³⁹⁰ Auch handle es sich etwa bei der «Häufung negativer strafrechtlicher Reaktionen» nicht um eine zusätzliche Strafe, auch wenn dies vom Täter so empfunden werde könnte.²³⁹¹ Trotz der klaren Übereinstimmung der Meinungen hinsichtlich der Nichtanwendbarkeit des Doppelverwertungsverbots auf Konstellationen der Strafzumessung i.w.S. lassen die zitierten Lehrmeinungen jedoch eingehendere Auseinandersetzungen mit dieser Frage vermischen. Dies mag u.a. anderem daran liegen, dass die Ausnahme der Anwendbarkeit des Verbots in solchen Fällen zumeist getrennt von dessen Geltungsgrund begründet wird und sich damit nicht dogmatisch befriedigend in das Zumessungssystem als Ganzes einordnen lässt.²³⁹²

Stellt man nun, wie nach vorliegender Ansicht vertreten wird, auf den Schuldgrundsatz als Geltungsgrund des Doppelverwertungsverbots ab, lässt sich dessen Unanwendbarkeit bei Fragen der Strafzumessung i.w.S. indes dogmatisch problemlos begründen: Da bei der Strafzumessung i.w.S. nämlich *verschuldensrelevante* Kriterien *keine* Rolle mehr spielen dürfen,²³⁹³ sondern lediglich *präventive* Zumessungsumstände bei Fragen der Legalprognose hinsichtlich Strafart und/oder Strafmodi zu berücksichtigen sind, stehen Letztere

292/86 vom 11. Juni 1986; 2 StR 79/54 vom 23. April 1954; BRUNS, in: FS von Weber, 77; THEUNE, NStZ 1986, 498.

2390 BRUNS, in: FS Mayer, 371; DERS.² (1974), 381; ZAGLER, AnwBl 1976, 484; ZIPF (1969), 95; vgl. auch BRUNS/GÜNTGE³, 178 («Der Richter darf im Einzelfall wegen dessen individueller Gestaltung *mehrfache* Konsequenzen aus einer für die Strafzumessung i.e.S. bedeutsamen Tatsache ziehen [...]»); SK StGB II⁹-HORN/WOLTERS, § 46 N 186 («Es ist [...] zulässig, ein und denselben Umstand sowohl die konkrete Strafhöhe mitbestimmen zu lassen als auch zu verwerten als Basiselement für Prognoseentscheidungen bei der Strafaussetzung zur Bewährung oder bei der Strafartwahl [...]»); LK StGB IV¹³-U. SCHNEIDER, § 46 N 267 («Die besonderen Umstände, die [...] zur Verhängung einer Freiheitsstrafe führen, sind für deren Bemessung nicht verbraucht. Für die Auswahl der Strafart gelten die allgemeinen Strafzumessungsgrundsätze [...]») sowie N 272 («Die Berücksichtigung bestimmter Tatsachen bei der Strafzumessung hindert nicht, sie bei der Prüfung zu verwerten, ob die Vollstreckung der verhängten Freiheitsstrafe zur Bewährung ausgesetzt werden kann [...]»).

2391 BRUNS/GÜNTGE³, 178.

2392 Ausnahme etwa bei BRUNS, in: FS Mayer, 371, der angibt, dass der Gesichtspunkt der Arbeitsteilung zwischen Gesetzgeber und Gericht «gar nicht zum Zuge» komme.

2393 Vgl. vorne I.D.2.d.

einer erneuten Verwertung offen, da sie – durch den Geltungsgrund ausgeschlossen – eben nicht unter das Doppelverwertungsverbot fallen.²³⁹⁴ Dies betrifft insbesondere die Täterkomponenten, von denen ein grosser Teil keine verschuldensrelevanten Zumessungstatsachen enthält, sondern vor allem Präventionsgesichtspunkte betrifft.²³⁹⁵ Auch hier gilt es jedoch zu betonen, dass für eine zufriedenstellende Anwendung dieser Lösungsvariante eine klare Trennung von verschuldensrelevanten und präventionsbezogenen Zumessungsumständen zu erfolgen hat, die bedauerlicherweise bislang in der Praxis nicht vorgenommen wurde.²³⁹⁶

5. Zwischenfazit

Zusammengefasst kann festgehalten werden, dass das Doppelverwertungsverbot in Bezug auf den Geltungsbereich i.w.S. alle Zumessungsentscheide umfasst, welche die Strafhöhe nach dem individuellen Verschulden des jeweiligen Täters festsetzen. Dies betrifft einerseits diejenigen Strafen, die gestützt auf die Zumessungsbestimmungen des Schweizerischen Strafgesetzbuchs festgesetzt werden. Neben den Sanktionen gemäss den Tatbeständen des Besonderen Teils des Strafgesetzbuchs umfasst dies grundsätzlich auch diejenigen Strafen, die gestützt auf andere Bundesgesetze ausgesprochen und für die keine anderen (abweichenden) Bestimmungen aufgestellt werden. Was das kantonale Übertretungsstrafrecht anbelangt, so ist das Verbot für die jeweiligen kantonalen (Übertretungs-)Strafgesetze grundsätzlich *qua* Verweis auf die bundesrechtlichen Vorschriften des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches ebenfalls zu berücksichtigen. Keine praktische Anwendung findet es jedoch auf Sanktionen gestützt auf das bundesrechtliche und kantonale Ordnungsbussenverfahren.

Was den Geltungsbereich des Doppelverwertungsverbots i.e.S. anbelangt, konnte unter Bezugnahme auf das Schuldprinzip als Geltungsgrund des Verbots eine Übersicht über diejenigen Strafzumessungsumstände, welche einige der für die Praxis relevantesten Fallkonstellationen betreffen, präsentiert werden. Das Verbot einer erneuten Berücksichtigung von verschuldensrelevanten Zumessungsumständen umfasst so etwa «normale» Tatbestandsmerkmale, Qualifizierungs- und Privilegierungsmerkmale, offensichtlich unterschiedlich schwere Tatbestandsalternativen, für die derselbe Strafrahmen vorgegeben ist, oder den Fall der Verwirklichung mehrerer Delikte, die

2394 Vgl. vorne II.F.2.k.

2395 Vgl. vorne I.D.2.b.a2.

2396 Vgl. vorne I.D.2.b.

zueinander in echter Konkurrenz stehen, wobei dem Täter derselbe verschuldensrelevante Umstand mehrmals – bei verschiedenen Straftatbeständen – zur Last gelegt wird. Des Weiteren greift das Doppelverwertungsverbot unter bestimmten Voraussetzungen in Bezug auf den Sinn und Zweck einer Norm ein. Sodann ist eine erneute Berücksichtigung von Zumessungstatsachen bei gewissen Strafzumessungsüberlegungen von Täterschaft und Teilnahme, versuchter und vollendeter Tatbegehung sowie unrechts- und schuld begründenden Merkmalen ausgeschlossen. Denkbar ist eine Verletzung des Doppelverwertungsverbots schliesslich auch im Falle des Zusammentreffens von Strafminderungs- und Strafmilderungsgründen. Demgegenüber findet das Verbot jedoch keine Anwendung auf das sog. «Regelatbild» sowie auf die konkrete Ausprägung resp. das Ausmass eines Zumessungsumstands, der für die Strafzumessung von Bedeutung sein kann bzw. sein muss. Trägt der Strafzumessungsgrund nämlich zur besonderen Kennzeichnung der Einzeltat im Sinne der Bestimmung der Verschuldenshöhe innerhalb einer Tatgruppe bei, so muss er als Bewertungskriterium zulässig sein. Aufgrund des Schuldprinzips als nach vorliegender Ansicht einschlägiger Geltungsgrund des Doppelverwertungsverbots findet es schliesslich auch keine Anwendung auf präventive Strafzumessungsmerkmale. Zusammenfassend lässt sich somit festhalten, dass diejenigen Umstände unter das Verbot fallen, die unter Verschuldensgesichtspunkten ausnahmslos und zwingend für alle dem jeweiligen Strafraum unterfallenden Tatbestandsverwirklichungen zutreffen. Dies bedeutet *e contrario*, dass alle nach Qualität und Quantität steigerungsfähigen verschuldensrelevanten Zumessungsmerkmale nicht der Geltung des Doppelverwertungsverbots unterstehen, da sie eine graduelle Aussage zum Ausmass des Verschuldens erlauben.

G. Schwächen und Stärken des Doppelverwertungsverbots

1. Kritik am Doppelverwertungsverbot

Obwohl die Geltung des Doppelverwertungsverbots in der h.L. und Praxis grundsätzlich nie ernsthaft bestritten und teilweise als schlicht «logisch»²³⁹⁷ beschrieben wurde, erfuhr es gleichwohl partielle Kritik.²³⁹⁸ Insbesondere

2397 Vgl. vorne II.D.2.

2398 Vgl. EXNER (1931), 100 f.; KOFFKA, JR 1955, 323 Fn. 6; SAUER³, 255; DERS., GA 1957, 135 («Zum mindestens irreführend, wenn nicht unrichtig [...]»); SPENDEL (1954), 157, 231 ff.; vgl. auch FANDRICH (2010), 19 ff.; HETTINGER (1982), 50 ff.; VOGLER, in: FS Bockelmann, 721 ff.

wurde dessen mangelnde Praxistauglichkeit geltend gemacht.²³⁹⁹ So fehle es etwa der Person der Richterin oder des Richters an den «psychischen Voraussetzungen» für die richtige Anwendung des Doppelverwertungsverbots.²⁴⁰⁰ Sodann sei ein Verfahren fragwürdig, «in dem die Fehlerhaftigkeit der Strafzumessung aus einem Einzelumstand hergeleitet» werde.²⁴⁰¹ Ferner wird kritisiert, dass eine scharfe Abgrenzung zwischen zulässigen Strafzumessungstatsachen und solchen, die unter das Verbot fielen, nur schwer möglich sei.²⁴⁰² Andere vermuten überdies, dass die Anwendung des Doppelverwertungsverbots «eine schuldangemessene Strafzumessung eher behindert als fördert».²⁴⁰³

Sodann wird auch Kritik daran geäußert, dass Verstöße gegen das Verbot oftmals nicht als solche erkannt werden könnten, wenn die Begründung des Strafzumessungsentscheids in der Form «schlampiger» oder «verkürzter» Erwägungen vorgenommen würde. Würden etwa beim Vorwurf wegen versuchter Erpressung dem Täter ohne nähere Begründung «die egoistischen Beweggründe, sie sein Handeln bestimmten», vorgeworfen, so sei daraus nicht ersichtlich, ob «das Gericht den Bereicherungsvorsatz des Täters» als Tatbestandskomponente beschreibe und dadurch ein zweites Mal verwende oder es sich auf einen zulässigen Straferhöhungsgrund beziehe, es jedoch unterlassen habe, das besonders belastende Ausmass der Beweggründe zureichend darzulegen.²⁴⁰⁴ Damit zusammenhängend wurde in der schweizerischen Lehre von GUNTHER ARZT moniert, dass es sich bei Verstößen gegen das Doppelverwertungsverbot «fast immer [...] um sprachliche, nicht um sachliche Mängel» handle.²⁴⁰⁵

2. Stellungnahme

Obgleich gewisse Kritikpunkte gegen das Doppelverwertungsverbot auf den ersten Blick verständlich erscheinen, können sie im Ergebnis nicht geteilt werden. Wie aufzuzeigen sein wird, beziehen sich die meisten Bemängelungen

2399 EXNER (1931), 101 («Die gesetzwidrige Wertung ist aus dem Urteil nicht ersichtlich, kann gar nicht ersichtlich sein, da ja der Richter selbst sich ihrer fast nie bewusst wird. Intuitiv seinem Rechtsgefühl folgend, hat er die Strafe festgesetzt [...]»).

2400 LAMPE, in: GS Noll, 240.

2401 PETERS, in: Sieverts/Schneider, 136.

2402 LK StGB I⁸-JAGUSCH, Vor § 13 B II 1d («Eine scharfe Abgrenzung ist oft kaum möglich – ein wunder Punkt dieser Lehre»).

2403 Siehe SEEBALD, GA 1975, 232.

2404 ZAGLER, AnwBl 1976, 484.

2405 ARZT, recht 1994, Rz. 60.

nämlich nicht vornehmlich auf das Doppelverwertungsverbot selbst, sondern vielmehr auf eine insgesamt unzureichend durchgeführte Strafzumessung:

Das Paradebeispiel hierfür ist die im Zusammenhang mit dem Doppelverwertungsverbot vorgebrachte Kritik, dass das Gericht (resp. die Richterinnen und Richter) die eigentliche *Schwachstelle im Strafzumessungssystem* darstellen würde. Diese Beanstandung bezieht sich hierbei insbesondere auf den Vorwurf, dass das Gericht die Strafe durch «eine Fülle grösstenteils unkontrollierter und unkontrollierbarer Faktoren ganzheitlich» festlegen würde, sodass es etwa gar nicht zu einer gesonderten Teilbewertung von bspw. einzelnen Tatbestandsmerkmalen komme.²⁴⁰⁶ So können in der Tat bestimmte gerichtliche Formulierungen eine Verletzung des Doppelverwertungsverbots nahelegen,²⁴⁰⁷ dem Urteil ist aber oftmals nicht zu entnehmen, ob sich ein (einzelner) aufgezählter (unzulässiger) Strafzumessungsumstand überhaupt straf erhöhend oder vermindern ausgewirkt hat, geschweige denn, in welchem Ausmass dies geschehen ist. Die Urteilsbegründungen bestehen nämlich, wie bereits dargelegt wurde,²⁴⁰⁸ oftmals bei den Strafzumessungserwägungen aus einer reinen Aneinanderreihung von Zumessungstatsachen, die schliesslich in einem Satz enden wie: «Unter Berücksichtigung sämtlicher erwähnter Tatumstände [...] wiegt das Tatverschulden [...] insgesamt noch eher leicht [...]»²⁴⁰⁹ Der Kritik am Fehlen einer gesonderten Teilbewertung einzelner Zumessungsumstände ist dabei zwar insoweit zuzustimmen, als ein solches Vorgehen in der Tat die Anwendung des Doppelverwertungsverbots nahezu verunmöglichen würde. Jedoch entspräche eine gesamthafte gerichtliche

2406 Vgl. etwa LAMPE, in: GS Noll, 240.

2407 Vgl. etwa OGer ZH, Urteil SB110061 vom 16. September 2011, E. V.2.2.2 («Der Angeklagte beging den Pfändungsbetrug aus rein finanziellen und somit eigennützigen Motiven»).

2408 Vgl. vorne I.D.2.c.

2409 So etwa OGer ZH, Urteil SB110302 vom 30. September 2011, E. III.3; vgl. auch AppGer BS, Urteil SB.2021.50 vom 29. April 2022 E. 5.4.1 («Das objektive Verschulden des Beschuldigten ist daher als nicht mehr leicht zu werten [...]»); SB.2019.83 vom 30. November 2021, E. 8.3.2 («Insgesamt, insbesondere im Vergleich mit anderen Fällen von Vergewaltigungen, wiegt das objektive Verschulden zwar nicht mehr ganz leicht [...]»); SB.2021.9 vom 30. Juli 2021, E. 10.4.4 («Im Ergebnis ist das Tatverschulden des Berufungsklägers für die vollendete Vergewaltigung als knapp mittelschwer einzustufen [...]»); SB.2017.123 vom 17. Mai 2018, E. 3.4.1 («Zusammenfassend ist das objektive Tatverschulden mit der Vorinstanz als mittelschwer einzustufen [...]»); OGer ZH, Urteil SB210169 vom 14. Juni 2022, E. IV.2a («Aufgrund der gesamten Umstände ist die objektive Tatschwere als keinesfalls mehr leicht einzustufen [...]»); SB170031 vom 22. November 2017, E. VI.2b («In diesem Anklagepunkt wiegt das Verschulden [...] insgesamt noch leicht [...]»); SB110353 vom 24. Oktober 2011, E. III.3.2c («Somit ist das Verschulden insgesamt [...] als sehr erheblich zu qualifizieren [...]»); SB110061 vom 16. September 2011, E. V.2.2.1 («[...] das Verschulden des Angeklagten hinsichtlich des Pfändungsbetrugs [kann] in objektiver Hinsicht noch als leicht eingestuft werden»).

Vorgehensweise nicht der Systematik, die nach vorliegender Ansicht dem Strafzumessungsvorgang als Ganzem zugrunde gelegt werden muss.²⁴¹⁰ Mithin kann das Doppelverwertungsverbot in der Praxis auch nur dann zufriedenstellend angewandt werden, wenn die systematisch korrekte Vorgehensweise bei der Bestimmung des Verschuldens- und Strafmasses eingehalten wird. Das Doppelverwertungsverbot allein kann wenig bewirken, wenn die Strafzumessung selbst nicht *lege artis* vorgenommen wird.

In Bezug auf die monierten *sprachlichen Problempunkte* bei der Anwendung des Doppelverwertungsverbots kann sich eine Verletzung desselben zweifellos daraus ergeben, dass sich die Gerichte dazu verleiten lassen, anstatt zulässiger Strafzumessungsgründe bestimmte Werturteile (im Sinne phrasenhafter Redewendungen), die nicht durch effektive Strafzumessungstatsachen begründet sind, in ihre Entscheide einfließen zu lassen. Vorsicht geboten ist so bspw. bei Ausschmückungen wie «blühendes Menschenleben», «Mann auf der Höhe seines Schaffens» oder «rüstiger Greis, nach arbeitsamem Leben die verdiente Ruhe geniessend» im Rahmen der Zumessungserwägungen bei einem Tötungsdelikt; bei derartigen Erwägungen ist es entsprechend von Wichtigkeit, zu ermitteln, ob das Gericht durch derartige Ausschmückungen eine besondere Ausprägung der Tatausführung darlegen wollte (was bei den genannten Beispielen jedoch schwerlich vorzustellen ist) oder es sich um reine Floskeln handelt, die nichts anderes als die Erfüllung von Tatbestandsmerkmalen – hier die Tötung eines Menschen – ausdrücken.²⁴¹¹ Auch hier liegt die Problematik jedoch zumeist nicht im Doppelverwertungsverbot selbst verborgen, sondern vielmehr wiederum in der fehlerhaften gerichtlichen Begründung.

Was sodann den Vorwurf der *fehlenden Praxistauglichkeit* betrifft, konnte aufgezeigt werden, dass sich das Doppelverwertungsverbot bereits in der schweizerischen Strafzumessungspraxis etablieren konnte. Zudem hat es in Deutschland und Österreich aufgrund seiner dortigen längeren Anwendungsdauer sowie seiner gesetzlichen Regelung eine ungleich grössere Rezeption erfahren. Diesem Zumessungsgrundsatz somit eine Praxisuntauglichkeit vorzuwerfen, steht daher bereits im Widerspruch zu der umfassenden existierenden Praxis selbst. Zudem sollten – möglicherweise bestehende – Anwendungsprobleme nicht zur Abkehr vom Verbot selbst führen, sondern die Lehre und Praxis dazu veranlassen, die Grundlagen des Doppelverwertungsverbots und seinen Anwendungsbereich in systematisch befriedigender Weise herauszuarbeiten und damit gewisse Unklarheiten zu beseitigen. Dies ist denn auch das Ziel dieser Abhandlung: Nach vorliegender Ansicht ist bereits durch die

2410 Vgl. vorne I.D.2.b. f.

2411 ALBERTS (1985), 114; EHRHARDT (1965), 96; LK StGB I⁸-JAGUSCH, Vor § 13 B II id.

Erarbeitung des Geltungsgrunds sowie des davon abhängigen Geltungsreichs des Doppelverwertungsverbots ein solider Grundstein für eine verbesserte Praxistauglichkeit desselben gelegt.²⁴¹²

Als ein spezifisch das Doppelverwertungsverbot betreffender Kritikpunkt kann hingegen das Vorbringen angesehen werden, dass eine exakte Abgrenzung der noch vom Doppelverwertungsverbot erfassten Fälle und derjenigen Tatbestandsmerkmale, die einer Steigerung oder Abschwächung zugänglich sind, vereinzelt schwer möglich sei.²⁴¹³ Es kann in der Tat für das Gericht schwierig sein, die genaue Grenze festzulegen, an der das generelle Merkmal des gesetzlichen Tatbestands im konkreten Einzelfall durch die besondere Art seiner Verwirklichung so individualisiert wird, dass dessen Berücksichtigung zwecks Straferhöhung oder -minderung zulässig wird.²⁴¹⁴ Hierbei muss sich daher stets vor Augen geführt werden, dass der Strafzumessungsgrund «gerade in der Besonderheit dieses Falles» liegen muss; denn nur solche Umstände dürfen für die Strafzumessung (erneut) herangezogen werden, die das konkrete Delikt im Vergleich zu anderen tatbestandsmässigen Begehensarten mehr oder weniger strafwürdig erscheinen lassen und die einen Beitrag zur Bestimmung der konkreten Verschuldenshöhe leisten können.²⁴¹⁵

Das nach vorliegender Ansicht erheblichste Problem können aber «*Schatenbegründungen*» darstellen, bei denen für das Verschulden unerhebliche Gesichtspunkte auch dann (indirekt) erneut Eingang in den Strafzumessungsvorgang finden können, wenn die Begründung der Strafhöhe vordergründig systematisch korrekt vorgenommen wird. Dies ist etwa dann denkbar, wenn das Gericht trotz des Wissens um die unerlaubte Verwendung eines bestimmten Zumessungsumstands die Strafe gleichwohl (sowieso) höher ansetzt, als es dies bei dessen korrekter Nichtberücksichtigung getan hätte. Weiss so bspw. das Gericht, dass der Umstand des Tods eines Menschen bei der fahrlässigen Tötung nicht erneut innerhalb des Strafrahmens von Art. 125 StGB verschuldenserhöhend berücksichtigt werden darf, setzt es jedoch die Einsatzstrafe – ohne dies jedoch so zu begründen – gleichwohl mehrere Monate höher fest, da es die Rechtsgutsverletzung *per se* als besonders schwerwiegend ansieht,

2412 Vgl. vorne II.D. sowie II.F.

2413 LK StGB I⁸-JAGUSCH, Vor § 13 B II 1d; s.a. ALBERTS (1985), 114 f.

2414 BRUNS, in: FS Mayer, 363; DREHER, JZ 1957, 155.

2415 BRUNS, in: FS Mayer, 363; so galt es etwa bei der strafferhöhenden Erwägung des Gerichts, der Täter habe hinsichtlich des Anvertrautseins einer Schutzbefohlenen das Vertrauen der Eltern durch die Tat «gröblichst missbraucht» (§ 174 Abs. 1 StGB/D, Sexueller Missbrauch von Schutzbefohlenen), genau zu eruieren, ob der Missbrauch nach dem zugrundeliegenden Sachverhalt einen besonderen Grad erreicht hatte. Hätte es sich dabei nur um einen sprachlichen Zusatz ohne konkrete Grundlage gehandelt, so wäre es auf eine unzulässige Verwertung des Tatbestandsmerkmals «anvertraut» hinausgelaufen, vgl. BGH, Urteil I StR 378/54 vom 17. Dezember 1954.

ist auf den ersten Blick eine Überprüfung dieses fehlerhaften Entscheids nur schwer möglich. Auf diese ganz grundlegende Strafzumessungsmalaise – die auch wiederum im Zusammengang mit dem soeben besprochenen Fehlen einer gesonderten Teilbewertung einzelner Zumessungsumstände steht – wurde bereits im Kapitel zur Verknüpfungproblematik eingegangen.²⁴¹⁶ Die Lösung für dieses Problem muss nach vorliegender Ansicht mithin auch die gleiche sein wie für die Verknüpfungproblematik selbst: Je mehr Entscheide – u.a. unter Berücksichtigung des Doppelverwertungsverbots – korrekt und eingehend begründet werden, umso eher kann mithilfe eines Quervergleichs²⁴¹⁷ anderer Urteile eine «Schattenbegründung» festgestellt und eine verschuldensadäquate Strafe verhängt werden.

H. Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung des Doppelverwertungsverbots im Schweizerischen Strafgesetzbuch?

1. Argumentarium

Wie aufgezeigt werden konnte, wird das Doppelverwertungsverbot in der Praxis immer häufiger angewendet, auch wenn – insbesondere im schweizerischen Strafzumessungsrecht – bislang zahlreiche Unklarheiten zu diesem Prinzip bestehen. Konnte zwar in der vorliegenden Abhandlung für diverse Problempunkte ein Lösungsvorschlag präsentiert werden, stellt sich gleichwohl die Frage, ob es auch eine Anpassung des schweizerischen Strafgesetzes bedarf, um der Geltung des Doppelverwertungsverbots Nachachtung zu verschaffen. Aufgrund des Schuldprinzips als Geltungsgrund des Doppelverwertungsverbots könnte man geneigt sein, eine zusätzliche Bestimmung als überflüssig anzusehen, da die Geltung des Schuldprinzips sowohl im Allgemeinen²⁴¹⁸ als

2416 Vgl. vorne I.D.2.c.a3.i.

2417 Vgl. vorne I.D.2.c.a3.i.

2418 BGE 135 IV 6, E. 4.2 («[...] das Schuldprinzip, auf welchem das Strafrecht fusst [...]»); 134 IV 132, E. 6.1 («Die Bestimmungen des Strafgesetzbuches über die Schuldfähigkeit sind Ausfluss des das ganze Strafrecht beherrschenden Schuldprinzips [...]»); 123 IV 1, E. 2 («Im Strafrecht gilt das Schuldprinzip [...]»); 120 IV 313, E. 2 («Il est [...] insupportable, dans un système entièrement dominé par le principe selon lequel la répression est fonction de la faute, que l'accusé soit reconnu coupable d'une infraction sans avoir commis la moindre faute [...]»); 118 IV 1, E. 2 («Die Bestimmungen über die Zurechnungsfähigkeit [...] sind Ausfluss des das ganze Strafrecht beherrschenden Schuldprinzips [...]»); 117 IV 292, E. 2a; vgl. auch VerwGer BL, Urteil vom 14. Dezember 1988, E. 2a, auszugsweise abgedruckt in: BJM 1989, 271 («Das gemeine Strafrecht ist ausnahmslos vom Schuldprinzip beherrscht [...]»).

auch für die Strafzumessung im Besonderen²⁴¹⁹ von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung als ein Grundsatz angesehen wird, der das gesamte Strafrecht beherrscht.²⁴²⁰ Dass sich die Strafe grundsätzlich an der Strafzumessungsschuld im Sinne des Verschuldens zu richten hat, wird sodann bereits durch Art. 47 Abs. 1 StGB kodifiziert.²⁴²¹ Ablesen lässt sich der Schuldgrundsatz zudem an weiteren Bestimmungen, wie bspw. Art. 19 Abs. 1 und 2 StGB.²⁴²²

Gleichwohl gibt es gewichtige Gründe, die für eine ergänzende Regelung bei den strafzumessungsrechtlichen Bestimmungen des Strafgesetzbuches sprechen. Das Doppelverwertungsverbot ist nämlich trotz seiner zunehmenden Rezeption in der schweizerischen Praxis noch nicht derart etabliert, dass man von einem allgemein bekannten Grundsatz der Strafzumessung sprechen könnte, dessen voller Geltungsbereich den meisten Praktikern bekannt wäre. So erstrecken sich die vor den oberen Gerichten geltend gemachten unzulässigen doppelten Berücksichtigungen von Zumessungsumständen insbesondere auf Qualifizierungs- und Privilegierungsgründe sowie Tatbestandsmerkmale, nicht jedoch auf viele weitere vom Geltungsbereich i.e.S. erfasste Konstellationen; entsprechend werden derartige Verletzungen in kantonalen Entscheiden oftmals auch nicht als solche erkannt.²⁴²³ Es bietet sich daher aus Gründen der Klarheit – und damit der Rechtssicherheit – an, das Doppelverwertungsverbot explizit in das Strafgesetzbuch aufzunehmen. Dass eine solche Regelung zu einer umfangreicheren Praxis führt und eine grundlegendere wissenschaftliche Auseinandersetzung fördert, zeigen die Beispiele von Deutschland und Österreich, die schon seit geraumer Zeit eine entsprechende Bestimmung in ihren jeweiligen Strafgesetzbüchern kennen.²⁴²⁴

Zusätzlich zu einer gesetzlichen Regelung ist jedoch auch erforderlich, dass sich insbesondere die Praxis bewusst wird, welche Strafzwecküberlegungen einzelnen Zumessungsumständen zugrunde liegen, um eine korrekte Abgrenzung zwischen einerseits verschuldensrelevanten und andererseits

2419 BGE 116 IV 300, E. 2a («Die Strafzumessung ist vom Schuldprinzip beherrscht [...]»); BGer, Urteil 6P.188/2006 vom 21. Februar 2007; 6S.237/2006 vom 10. November 2006, E. 1.2; vgl. auch BGE 135 IV 6, E. 4.2.

2420 Vgl. auch P. GRAVEN, ZStrR 1981, 159 ff.; im Gegensatz zum Grundsatz «*nulla poena sine lege*», der sich im Sinne des Legalitätsprinzips auch aus der Verfassung ergibt (Art. 5 Abs. 1 BV), stellt das Schuldprinzip jedoch keinen selbständigen Satz des Verfassungsrechts dar (vgl. BGE 118 Ia 305, E. 7a; 112 Ia 107, E. 3a; BSK StGB I⁴-BOMMER Vor Art. 19 N 32; StGB PK⁴-TRECHSEL/FATEH-MOGHADAM, Art. 1 N 1).

2421 Vgl. auch vorne I.D.2.a.a1.

2422 BGE 118 IV 1, E. 2 («Die Bestimmungen über die Zurechnungsfähigkeit [...] sind Ausfluss des das ganze Strafrecht beherrschenden Schuldprinzips [...]»); 117 IV 292, E. 2a.

2423 Vgl. vorne II.F.2.

2424 Vgl. vorne II.B.

präventionsbezogenen Kriterien vornehmen zu können. Wie bereits mehrfach erwähnt wurde, ist dies nämlich eine zwingende Voraussetzung dafür, das Doppelverwertungsverbot – gestützt auf den nach vorliegender Ansicht einschlägigen Geltungsgrund – korrekt anwenden zu können.

2. Vorschlag

Obwohl in Deutschland und Österreich bereits Normierungen des Verbots bestehen, bietet sich eine «direkte» Übernahme dieser Bestimmungen nicht an. Bei beiden Regelungen bestehen nämlich, wie bereits dargelegt wurde, nach wie vor Unklarheiten hinsichtlich des Geltungsgrunds und damit auch des Geltungsbereichs des Doppelverwertungsverbots. Obwohl § 46 Abs. 3 nur «Umstände, die schon Merkmale des gesetzlichen Tatbestandes sind», nennt, haben bekanntermassen die deutsche Lehre und Praxis den Geltungsbereich ebenfalls auf diverse weitere Konstellationen ausgeweitet.²⁴²⁵ Gleiches gilt für § 32 Abs. 2 StGB/Ö, obgleich diese Bestimmung mit der Formulierung von «Erschwerungs- und die Milderungsgründe[n], soweit sie nicht schon die Strafdrohungen bestimmen», vom Wortlaut her leicht offener erscheint als ihr deutsches Pendant.

Ziel einer neuen Normierung im Schweizerischen Strafgesetzbuch muss es im Gegensatz zu den vorgenannten Bestimmungen sein, erstens den Geltungsgrund des Doppelverwertungsverbots klar zu veranschaulichen und zweitens dadurch auch seinen gesamten Geltungsbereich i.e.S. aufzuzeigen. Ein (weiterer) Vorteil des Schuldprinzips als Geltungsgrund ist hierbei, dass durch die Erfüllung von Punkt eins Punkt zwei bereits automatisch folgt: Leitet sich das Verbot aus dem Schuldprinzip ab, umfasst es sämtliche Umstände, die keine Verschuldensrelevanz (mehr) haben (dürfen).

Da sich es sich beim Doppelverwertungsverbot um ein Prinzip der Strafzumessung mit Bezug zur gesamten Strafzumessungsschuld im Sinne des Verschuldens nach Art. 47 StGB handelt, erscheint es sinnvoll, das Verbot systematisch ebenfalls in Art. 47 StGB in einem neuen Absatz (Abs. 3) aufzunehmen, da es sich hierbei um die Grundsatzbestimmung zur Strafzumessung im Schweizerischen Strafgesetzbuch handelt und dort bereits in Abs. 1 und 2 auf das Verschulden Bezug genommen wird. Wie aufgezeigt werden konnte, war in den Entwürfen des Strafgesetzbuches zwischen 1894 und 1917 das Verbot zwar bei den Strafmilderungsgründen aufgeführt und insbesondere auch für solche Fälle angedacht worden,²⁴²⁶ aufgrund des durch das Schuldprinzip

2425 Vgl. vorne II.F.2.; s.a. FANDRICH (2010), 42 ff.; WILCKEN (2004), 24 ff.

2426 Vgl. vorne II.C.3.

umfassenderen Geltungsbereichs i.e.S. erscheint eine Normierung des Doppelverwertungsverbots im heutigen Art. 48 f. StGB zur Strafmilderung jedoch nicht überzeugend.

Ein neuer Art. 47 Abs. 3 StGB könnte daher wie folgt lauten:

³ Verschuldensrelevante Umstände dürfen bei der Strafzumessung weder zulasten noch zugunsten des Täters doppelt berücksichtigt werden.

Durch diese Bestimmung wird der Geltungsgrund des Verbots durch die Einschränkung auf verschuldensrelevante Umstände hervorgehoben. Ebenfalls hält die Regelung fest, dass das Doppelverwertungsverbot in beide Richtungen anwendbar ist, d.h., dass eine erneute Verwertung einer betreffenden Zumessungstatsache weder zugunsten noch zulasten des Täters möglich ist. Dies im Gegensatz zu den ersten Entwürfen zum Schweizerischen Strafgesetzbuch, die nur eine weitere Strafmilderung untersagten, nicht hingegen eine Strafschärfung resp. Straferhöhung.²⁴²⁷

I. Rechtsfolgen bei Verstoss gegen das Doppelverwertungsverbot

Sofern durch die Rechtsmittelinstanz eine Verletzung des Doppelverwertungsverbots festgestellt wird, stellt sich die Frage der daraus zu ziehenden Konsequenz. Handelt es sich bei der gerichtlichen Instanz um ein oberes kantonales Gericht, hält Art. 408 StPO fest, dass das Berufungsgericht im Fall des Eintretens auf das Rechtsmittel im Rahmen der angefochtenen Punkte ein neues Urteil zu fällen hat, welches den erstinstanzlichen Entscheid ersetzt.²⁴²⁸ Im Umfang der Berufung wird das erstinstanzliche Urteil somit einer *umfassenden Neuüberprüfung* unterzogen, die ohne Einschränkung der Kognition – ausser in Fällen von Übertretungen (Art. 398 Abs. 4 StPO) – vorgenommen wird.²⁴²⁹ Hat das Berufungsgericht in diesem Zusammenhang die Strafzumessung neu zu beurteilen, etwa aufgrund einer Anfechtung im Schuldpunkt oder

²⁴²⁷ Vgl. vorne II.C.3.

²⁴²⁸ BGer, Urteil 6B_409/2018 vom 7. Juni 2019, E. 2.2; Botschaft, BBl 2005a, 1318; BSK StPO²-EUGSTER, Art. 408 N3; s. für Verfahren vor der Berufungskammer des Bundesstrafgerichts die Verweisungsnorm von Art. 39 Abs. 1 StBOG («Das Verfahren vor den Kammern des Bundesstrafgerichts richtet sich nach der StPO und nach diesem Gesetz»).

²⁴²⁹ BGE 141 IV 244, E. 1.3.3; BGer, Urteil 6B_724/2017 vom 21. Juli 2017 E. 2.3; 6B_1167/2015 vom 25. August 2016, E. 1.3; 6B_339/2014 vom 27. November 2014, E. 1.3 («[...] il perd de vue que la cour d'appel cantonale dispose d'un plein pouvoir d'examen en fait et en droit [...]»).

direkt in Bezug auf die Bemessung der Strafe (Art. 399 Abs. 4 lit. a und b StPO),²⁴³⁰ so betrifft dies auch reine Ermessensfragen.²⁴³¹ Die Berufungsinstanz hat sich hierbei mit *sämtlichen* strafzumessungsrelevanten Tatumständen auseinanderzusetzen; diese umfassen insbesondere alle Umstände, die sich strafehöhend/-schärfend oder strafmildernd/-mildernd auswirken können.²⁴³² Das Bundesgericht hat diesbezüglich schon mehrfach kantonale zweitinstanzliche Gerichte darauf hinweisen müssen, dass diese ihre eigene Prüfungsbefugnis nicht bundesrechtswidrig einschränken dürfen, wenn sie etwa in ihren Berufungsentscheiden festhielten, dass im Rahmen der Strafzumessung Bundesrecht lediglich verletzt werde, wenn das (erstinstanzliche kantonale) Gericht sein Ermessen missbrauche; die kantonalen Instanzen bezogen sich für ihre Entscheide hierbei auf die Prüfungsbefugnis des Bundesgerichts, die für das Berufungsverfahren gemäss Strafprozessordnung jedoch irrelevant ist.²⁴³³

2430 Vgl. BSK StPO²-EUGSTER, Art. 399 N 7f.; SCHMID/JOSITSCH³, Art. 399 N 18 f.

2431 BSK StPO²-EUGSTER, Art. 398 N 1; jedoch ist das Verschlechterungsverbot gemäss Art. 391 Abs. 2 zu beachten, sofern das Rechtsmittel nur zugunsten des Täters ergriffen worden ist.

2432 BGer, Urteil 6B_853/2016 vom 18. Oktober 2017, E. 3.1.1 («Das Bundesgericht hat in mehreren Entscheiden, denen Berufungsurteile beider Strafkammern der Vorinstanz zugrunde lagen, wiederholt betont, dass im Falle einer auf die Strafzumessung beschränkten Berufung sich die Berufungsinstanz mit sämtlichen strafzumessungsrelevanten Tatumständen [...] auseinandersetzen muss. Dazu gehören namentlich alle Umstände, die sich strafehöhend/-schärfend oder strafmildernd/-mildernd auswirken können [...].»); 6B_1167/2015 vom 25. August 2016, E. 1.3 («Indem sie den vom erstinstanzlichen Gericht festgestellten Sachverhalt auch für die Strafzumessung für verbindlich erklärt, verkennt sie, dass das Berufungsgericht eine Rechtsmittelbehörde mit umfassender Kognition in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht ist [...]. Die vom Beschwerdeführer geltend gemachten Tatumstände sind durchaus geeignet, die Strafhöhe zu beeinflussen. Die Vorinstanz hätte sich deshalb damit auseinandersetzen müssen. Sie beschränkt ihre Überprüfungsbeugnis in unzulässiger Weise, wenn sie sich mit entscheidungsrelevanten Vorbringen nicht befasst [...].»); 6B_297/2014 vom 24. November 2014, E. 1.3; ZK StPO³-ZIMMERLIN, Art. 399 N 20; insofern unzutreffend JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER⁹, 143, welche die bundesgerichtliche Einschränkung der Prüfungsbefugnis auch auf (obere) kantonale Instanzen für anwendbar zu halten scheinen («[...] wird von einer Rechtsmittelinstanz nur in die Strafzumessung eingegriffen, wenn [...].»).

2433 BGer, Urteil 6B_245/2015 5. Mai 2015, E. 1.1f. («Le Tribunal fédéral a déjà eu l'occasion de signaler à quelques reprises à la Cour d'appel vaudoise qu'elle avait une approche en matière de fixation de peine trop limitative et qu'elle restreignait son pouvoir d'examen en violation du droit fédéral [...]. La cour cantonale a notamment exposé que, dans le cadre de la fixation de la peine, il y a violation du droit fédéral lorsque le juge «abuse de son pouvoir d'appréciation en fixant une peine exagérément sévère ou excessivement clémentine [...]» [...]. Ce faisant, la cour cantonale s'est référée à un arrêt qui décrit le pouvoir d'examen du Tribunal fédéral. En revanche, cette jurisprudence est sans pertinence pour le pouvoir d'examen de la juridiction d'appel [...].»); 6B_356/2012 vom 1. Oktober 2012, E. 3.5; 6B_126/2012 vom 11. Juni 2012, E. 3; vgl. m.w.H. auf die sich selbst (bundesrechtswidrig) einschränkende kantonale Praxis GODENZI, ZStR 2018, 4f.

Beschränkt sich die kantonale Berufungsinstanz demnach auf die Kontrolle der Überschreitung oder des Missbrauchs des Ermessens in Strafzumessungsfragen, verstösst sie mit diesem Vorgehen gegen Art. 398 Abs. 2 StPO.²⁴³⁴ So darf das Berufungsgericht sich auch nicht mit der reinen Überprüfung der vorinstanzlichen Rechtsanwendung begnügen, sondern hat eine *eigenständige Strafzumessung* vorzunehmen.²⁴³⁵

Im Gegensatz zum kantonalen Berufungsverfahren gesteht das Bundesgericht dem vorinstanzlichen (kantonalen) Sachgericht bei der Gewichtung der Strafzumessungstatsachen einen erheblichen Ermessensspielraum zu. Das Bundesgericht greift «nur in die Strafzumessung ein, wenn die Vorinstanz den gesetzlichen Strafraum über- oder unterschritten hat, wenn sie von rechtlich nicht massgebenden Kriterien ausgegangen ist oder wesentliche Gesichtspunkte ausser Acht gelassen beziehungsweise in Überschreitung oder Missbrauch ihres Ermessens falsch gewichtet hat».²⁴³⁶ Obgleich die Beschwerde in Strafsachen gem. Art. 107 Abs. 2 BGG kein rein kassatorisches Rechtsmittel (mehr) ist,²⁴³⁷ bemisst das Bundesgericht aufgrund des weiten Ermessensspielraums des Sachgerichts die Strafe im Falle eines bundesrechtlichen Verstosses regelmässig nicht selber (reformatorisch) neu, sondern weist die Sache hierfür an die Vorinstanz zurück.²⁴³⁸

2434 BGer, Urteil 6B_245/2015 5. Mai 2015, E. 1.2.

2435 BGE 141 IV 244, E. 1.3.3 («Die Vorinstanz hätte [...] sich nicht mit einer Überprüfung der erstinstanzlichen Rechtsanwendung begnügen dürfen [...]»); BGer, Urteil 6B_502/2019 vom 27. Februar 2020, E. 3.4 («[Die Vorinstanz] hat eine eigene Strafe festzusetzen und nachvollziehbar zu begründen und kann sich nicht mit einer Überprüfung der erstinstanzlichen Strafzumessungserwägungen begnügen [...]»); ZK StPO³-ZIMMERLIN, Art. 399 N 20; vgl. auch BGer, Urteil 6B_409/2018 vom 7. Juni 2019, E. 2.2; insofern aber widersprüchlich, wenn das Bundesgericht einen Verweis auf das erstinstanzliche Urteil nach Art. 82 Abs. 4 StPO zulässt, als «die Rechtsmittelinstanz sich die vorinstanzlichen Erwägungen vollumfänglich zu eigen macht» (BGer, Urteil 6B_409/2018 vom 7. Juni 2019, E. 2.1).

2436 BGE 134 IV 17, E. 2.1; s.a. BGE 144 IV 313, E. 1.2; 136 IV 55, E. 5.6; 135 IV 130, E. 5.3.1; 129 IV 6, E. 6.1; 127 IV 101, E. 2; BGer, Urteil 6B_43/2020 vom 4. Februar 2020, E. 2.3.1; 6B_173/2019 vom 24. Oktober 2019, E. 4.2; N. SCHMID, ZStrR 2006, 188; STRATENWERTH/BOMMER AT II³, § 5 N 89; BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 13, 236.

2437 Vgl. BSK BGG³-DORMANN, Art. 107 N 12 ff.

2438 BGer, Urteil 6B_502/2019 vom 27. Februar 2020, E. 4 («Das Bundesgericht hat bereits mehrmals [...] klargestellt, dass es im Bereich der Strafzumessung grundsätzlich keinen reformatorischen Entscheid fällen kann, da die Strafzumessung den Sachgerichten obliegt und es nicht sein eigenes Ermessen an jenes der Sachgerichte setzen kann [...]»); 6B_209/2019 vom 13. November 2019 E. 4.4; 6B_1038/2017 vom 31. Juli 2018, E. 3.1; 6B_824/2016 vom 10. April 2017, E. 15.5 («Die Vorinstanz verfügt bei der Beweiswürdigung und der Strafzumessung über ein erhebliches Ermessen. Entgegen dem Antrag der Beschwerdeführerin [...] kann daher praxisgemäss kein reformatorischer Entscheid ergehen, sondern die Angelegenheit ist zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen [...]»); vgl. auch BSK StGB I⁴-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 238.

Aufgrund des Schuldprinzips als Geltungsgrund des Doppelverwertungsverbots würde eine unzulässige erneute Verwertung eines Strafzumessungsstands eine Verletzung desselben als einen das gesamte Strafrecht beherrschenden Grundsatzes darstellen²⁴³⁹ und zudem konkret gegen die bundesrechtliche Norm von Art. 47 Abs. 1 StGB verstossen, wonach sich die Strafe nach dem Verschulden des Täters zu bemessen hat;²⁴⁴⁰ im Falle der Ergänzung von Art. 47 StGB durch einen dritten Absatz²⁴⁴¹ würde sodann eine noch eindeutige Verletzung einer bundesrechtlichen Norm vorliegen.

Bei einer unerlaubten doppelten Berücksichtigung eines verschuldensrelevanten Zumessungsstands kann mithin auch das Bundesgericht in den vorinstanzlichen Strafzumessungsentscheid eingreifen, da das kantonale Berufungsgericht dann im Sinne des vom Bundesgericht genannten Ermessensmissbrauchs von «einem rechtlich nicht massgebenden Gesichtspunkt [...] ausgegangen» wäre. Darüber hinaus hätte das Bundesgericht beim entsprechenden Zumessungsentscheid keine Möglichkeit, zu prüfen, ob das Bundesrecht im Sinne von Art. 47 StGB korrekt angewendet wurde, wenn aufgrund der Verletzung des Doppelverwertungsverbots nicht klar ersichtlich ist, auf welche Umstände das Sachgericht für die Festsetzung des Verschuldensmasses – und damit der Strafhöhe – im konkreten Fall korrekterweise hätte zurückgreifen können.²⁴⁴² Ganz grundsätzlich wird ein kantonalen Entscheid durch das Bundesgericht in Strafzumessungsfragen immer dann aufzuheben sein, wenn die gesetzlichen Strafzumessungskriterien nach Art. 47 ff. StGB nicht beachtet wurden.²⁴⁴³ So hält das Bundesgericht denn auch in gefestigter Rechtsprechung bei einem festgestellten Verstoss gegen das Doppelverwertungsverbot fest, dass es sich hierbei um eine Verletzung von Bundesrecht handelt und weist die gerügten Urteile regelmässig zu neuer Strafzumessung an die Vorinstanz zurück.²⁴⁴⁴ Noch klarer ist die Prüfungsbefugnis bei den

2439 Siehe vorne II.H.1.

2440 Vgl. auch vorne I.D.2.a.1.

2441 Siehe vorne II.H.2.

2442 Vgl. BGer, Urteil 6B_356/2012 vom 1. Oktober 2012, E. 3.5 («*La motivation de la cour cantonale ne permet pas de vérifier la bonne application du droit fédéral. Il convient dès lors d'annuler l'arrêt attaqué et de renvoyer la cause à l'autorité précédente*»).

2443 N. SCHMID, ZStrR 2006, 188.

2444 So etwa BGer, Urteil 6B_502/2019 vom 27. Februar 2020, E. 3.4, 4; 6B_567/2017 vom 22. Mai 2018, E. 4.3, 5; s.a. BGer, Urteil 6S.44/2007 vom 6. Juni 2007, E. 4.3, 4.6, wobei das Bundesgericht hier jedoch offenliess, ob «*diese Mängel in der Strafzumessung für sich bereits eine Aufhebung des angefochtenen Entscheids rechtfertigen würden [...]*»; keine Rückweisung erfolgte jedoch in BGer, Urteil 6B_935/2017 vom 9. Februar 2018, E. 2.4. In diesem Fall hatte der Täter unvorhersehbar und ohne ersichtlichen Grund mit einem Messer mit einer langen Klinge auf das Opfer eingestochen, ohne sich danach um dieses zu kümmern. Obwohl die Vorinstanz die Folgen eines Treffers aufgrund des Doppel-

kantonalen Berufungsinstanzen, die sich, wie dargelegt wurde, im Falle der einschlägigen Anfechtung mit sämtlichen strafzumessungsrelevanten Tatumständen auseinanderzusetzen und einen eigenständigen Strafzumessungsentcheid zu treffen haben. Liegt eine Verletzung des Doppelverwertungsverbots vor, kann die kantonale Rechtsmittelinstanz mithin die Verletzung selbst feststellen und hat direkt eine neue und korrekte Verschuldens- und damit Strafhöhenbemessung vorzunehmen.²⁴⁴⁵

J. Fazit – Teil II

Ziel der voranstehenden Ausführungen des zweiten Teils der vorliegenden Arbeit war es, eine Übersicht über das im Rahmen der Strafzumessung i.e.S. anwendbare Doppelverwertungsverbot zu geben. Es konnte aufgezeigt werden, dass sich dieses strafzumessungsrechtliche Prinzip aus dem Schuldgrundsatz selbst ableitet und entsprechend immer dann eine Verletzung desselben vorliegt, wenn dem Täter ein Strafzumessungsumstand zugutegehalten oder angelastet wird, der unter Verschuldensgesichtspunkten keine eigene Aussagekraft (mehr) hat bzw. bereits verbraucht wurde, da ansonsten ein Verstoß gegen die strafbegrenzende und strafbestimmende Funktion der Schuld vorläge. Aufgrund des Schuldgrundsatzes als Geltungsgrund des Verbots ist es aber von erheblicher Relevanz, bei den realen Strafzumessungsgründen – wie im ersten Teil der Arbeit bereits dargelegt wurde – eine strikte Trennung zwischen einerseits verschuldensrelevanten und andererseits rein präventiven Zumessungsumständen vorzunehmen. Erfolgt eine solche Differenzierung, ist das Doppelverwertungsverbot nach vorliegender Ansicht in der Lage, eine *Filterfunktion* in Bezug auf die Frage, welche Strafzumessungsfaktoren im konkreten Fall zwecks Bestimmung der Strafhöhe überhaupt verwendet werden dürfen, zu übernehmen und durch seine systematische Beachtung den Strafzumessungsvorgang «rationaler» zu gestalten und auch überprüfbarer zu machen. Insbesondere sind die Gerichte durch Anwendung des Verbots angehalten, sich selbst (nochmals) intensiver mit der Frage der Strafzumessung und den dafür entscheidenden Komponenten auseinanderzusetzen. Im Ergebnis kann mithin auch die zweite These der vorliegenden Abhandlung, wonach

verwertungsverbots nicht hätte miteinbeziehen dürfen, liege ihre Bewertung des objektiven Verschuldens des Täters noch innerhalb ihres Ermessens, weshalb die Rüge gemäss Bundesgericht unbegründet sei; s.a. BGE 72 IV 110, E. 3, in dem das Bundesgericht trotz der unrichtigen Strafzumessungserwägung der Vorinstanz an der von der Vorinstanz ausgesprochenen Strafe festhielt, da sich allein aus den Erwägungen nicht ergebe, dass die Fehlüberlegung die Höhe der ausgefallten Strafe beeinflusst habe.

2445 Vgl. etwa AppGer BS, Urteil SB.2019.86 vom 1. November 2022, E. 6.6.2.

das Doppelverwertungsverbot einen Kontrollmechanismus innerhalb des Strafzumessungssystems hinsichtlich der bei der Bemessung der Strafe im Einzelfall anzuwendenden Strafzumessungstatsachen darstellen kann, bejaht werden. Unbestrittenermassen wird dem Verbot auch Kritik entgegengebracht, es konnte indes aufgezeigt werden, dass sich die meisten Bemängelungen nicht vornehmlich auf das Doppelverwertungsverbot selbst, sondern vielmehr auf eine insgesamt unzureichend durchgeführte Strafzumessung beziehen und grundlegende Problemfelder aufgreifen, auf die auch bereits im ersten Teil der vorliegenden Arbeit eingegangen wurde.

Des Weiteren konnte dargelegt werden, dass das Doppelverwertungsverbot aufgrund seines Geltungsgrunds auch ohne eine explizite gesetzliche Regelung insbesondere aus Art. 47 Abs. 1 StGB abgeleitet werden kann, es sich jedoch aus Gründen der Klarheit – und damit der Rechtssicherheit – anbietet, das Verbot explizit in das Strafgesetzbuch in Art. 47 StGB in einen neuen dritten Absatz aufzunehmen, der wie folgt lauten könnte:

³Verschuldensrelevante Umstände dürfen bei der Strafzumessung weder zulasten noch zugunsten des Täters doppelt berücksichtigt werden.

Als explizit aufgeführte positivrechtliche Zurechnungsnorm kann das Doppelverwertungsverbot dadurch der Praxis und Wissenschaft vermehrt ins Bewusstsein gerufen werden. Dies soll einerseits für seine weitere Etablierung in der Praxis sorgen und andererseits eine grundlegendere wissenschaftliche Auseinandersetzung fördern.

Gestützt auf die vorstehenden Ausführungen – und umso mehr im Falle einer expliziten Aufnahme des Doppelverwertungsverbots in das Schweizerische Strafgesetzbuch – scheint ein erster Schritt dahingehend getan, das Verbot einer breiteren Anwendung zugänglich zu machen und dadurch einen Beitrag zu einer «rationaleren» und damit überprüfbareren Strafzumessung zu leisten.²⁴⁴⁶ Nach wie vor erscheint aber das bereits erwähnte Zitat von RUDOLF SEEBALD²⁴⁴⁷ etwas zu euphemistisch, wenn durch eine gesetzliche Regelung des Doppelverwertungsverbots «die letzten Zweifel behoben» sein sollten. Denn nichtsdestotrotz hängt, wie bereits mehrfach erwähnt wurde, auch die Anwendung des Doppelverwertungsverbots zu grossen Teilen davon ab, dass die Strafzumessung als Ganzes systematisch korrekt vorgenommen wird; andernfalls kann das Verbot für sich allein – so wünschenswert dies auch wäre – keine Wunder bewirken.

²⁴⁴⁶ DREHER, in: FS Bockelmann, 58, bezeichnet das Doppelverwertungsverbot voller Überzeugung sogar als «erste[n] wirkliche[n] Durchbruch rationaler Durchleuchtung der Strafzumessung».

²⁴⁴⁷ Vgl. vorne II.B.1.c.a1.

Zusammenfassung/ Schnellzugriff

Nachfolgend werden die wichtigsten Erkenntnisse der vorliegenden Abhandlung kurz und übersichtlich zusammengefasst. Dem Leser soll – sofern er die Arbeit nicht vollständig zu studieren gedenkt – zudem durch die aufgeführten Verweise ermöglicht werden, die Herleitung der Erkenntnisse an der entsprechenden Stelle nachzuvollziehen, ohne das umfangreiche Inhaltsverzeichnis konsultieren zu müssen.

Teil I:

- Die Bestimmung der Strafzwecke ist eine der gewichtigsten Voraussetzungen, um eine «richtige» Strafzumessung vornehmen zu können. Ist nämlich unklar, aus welchem Grund eine Strafe ausgesprochen werden soll, kann auch keine korrekte Zumessung derselben erfolgen. Je nach Zweck, der mit der Strafe verfolgt wird, ergibt sich eine andere «richtige» oder «gerechte» Strafe (I.B.).
- Anhand der Entstehungs- und Entwicklungsgeschichte der Strafzumessung zeigt sich, wie sich einerseits der Grad der Individualisierung der Strafzumessung – und damit auch das Ausmass des gerichtlichen Ermessens – sowie andererseits auch die mit der Strafe verfolgten Strafzwecke im Laufe der Zeit verändert haben. Diese auch noch heute bestehende Mäandrierung der Ermessens- und Strafzweckdiskussion spiegelt sich ebenfalls in der neueren Entwicklungsgeschichte des Schweizerischen Strafgesetzbuchs wider. Liess sich die Revision des Allgemeine Teils von 2002 noch von den Impulsen aus den 60er- und 70er-Jahren des 20. Jahrhunderts leiten, die eine Abwendung von der reinen Vergeltung hin zur Resozialisierung des Täters forderten, schlug ab Mitte der 90er-Jahre das Pendel vermehrt in Richtung einer stärkeren Punitivität um, was sich auch in der aktuellen Diskussion der «Kuscheljustiz» und der «Harmonisierung der Strafrahmen» zeigt (I.C.).
- Beim Strafzumessungsvorgang gemäss dem Schweizerischen Strafgesetzbuch wird grundsätzlich von einer Aufschlüsselung nach *finalen, realen* und *logischen* Zumessungsgründen ausgegangen (*Drei-Phasen-Modell*).

Um jedoch die logischen Strafzumessungsgründe exakter abbilden und zudem die Wechselwirkungen in Bezug auf die Strafzumessung i.w.S. einbeziehen zu können, wird vorliegend die Anwendung eines *permeablen Fünf-Phasen-plus-eins-Modells* angeraten (I.D.2. und I.D.2.d.a2.).

- Bei der Strafzumessung stellt die Schuld im Sinne des strafzumessungsrechtlichen Verschuldens den wichtigsten *finalen* Strafzumessungsgrund dar und übernimmt mehrere Aufgaben: Sie wirkt *strafbegründend*, *strafbegrenzend* sowie *strafbestimmend*. Von letzterer Funktion kann nur in bestimmten Konstellationen abgesehen werden (I.D.2.a; s. sogleich den nächsten Punkt).
- Das Verschulden nach Art. 47 StGB bestimmt durch die Vorgabe eines Schuldrahmens bei der (asymmetrischen) Spielraumtheorie grundsätzlich das Strafmass, das innerhalb des Schuldrahmens (lediglich) durch positiv-spezial- und -generalpräventive Zwecke beeinflusst werden kann. In Ausnahmefällen ist auch eine Strafe aus Resozialisierungsgründen unterhalb der Verschuldensgrenze denkbar (Unterschuldstrafe), sofern gleichzeitig das positiv-generalpräventive Mindestbedürfnis der Normbestätigung nicht unterschritten wird (I.D.2.a.a2.; I.D.2.a.a3.ii.).
- Die Berücksichtigung negativ-spezial- und -generalpräventiver Zwecke bei der Strafzumessung kann weder hinreichend rechtsdogmatisch noch hinsichtlich ihrer kriminalpolitischen Zweckmässigkeit überzeugend begründet werden (I.D.2.a.a2.).
- Bei den *realen* Strafzumessungsgründen handelt es sich um diejenigen Umstände der Tat (Tatkomponenten) und des Täters (Täterkomponenten), die für die konkrete Zumessung der Strafe relevant sind. Während die Tatkomponenten grundsätzlich das Ausmass des Verschuldens im Einzelfall bestimmen, betrifft ein Teil der Täterkomponenten demgegenüber (auch) präventive Anliegen. Eine klare Trennung von verschuldens- und präventionsrelevanten Zumessungsumständen erleichtert in vielerlei Hinsicht eine systematischere Strafzumessung (I.D.2.b.).
- Die *logischen* Strafzumessungsgründe sind schliesslich die sog. verknüpfenden Faktoren, d.h. diejenigen durch das Gericht vorzunehmenden Erwägungen, die – gestützt auf die finalen und realen Strafzumessungsgründe – zur korrekten Einordnung des konkreten Falls in den jeweiligen Strafraum führen. Die Problematik hierbei (sog. *Verknüpfungsproblematik*) besteht darin, dass keine Umrechnungsskala existiert, die dem Gericht vorgibt, wie der Grad des Verschuldens des Täters in eine numerisch festsetzbare Strafhöhe umgegossen werden kann (I.D.2.c; I.D.2.c.a3.i.).
- Der in der Praxis wohl wichtigste Orientierungspunkt für eine «Lösung» der Verknüpfungsproblematik stellt der *Quervergleich* mit bereits zuvor

getroffenen Strafzumessungsentscheiden hinsichtlich vergleichbarer Tatbestandsvarianten desselben Gerichts oder anderer (kantonalen) Gerichte dar. Will man einen Vergleich mit anderen Zumessungsentscheiden fördern, bietet es sich an, auch kantonale Entscheidungsbegründungen vermehrt zugänglich zu machen, um eine möglichst umfassende Vergleichsmöglichkeit zu schaffen (I.D.2.c.a3.i).

- Damit zusammenhängend ist auch zu fordern, die gerichtliche *Begründungspflicht* der Strafzumessungsentscheide noch weiter auszubauen und die konkret berücksichtigten Strafzumessungstatsachen und deren Gewichtung noch eingehender darzulegen als bis anhin. Dadurch kann nämlich wiederum eine bessere Vergleichbarkeit mit zukünftigen Zumessungsentscheiden erreicht werden, da sich Letztere auf eine breitere Basis von vergleichbaren Zumessungstatsachen abstützen können (I.D.2.c.a3.i).
- Abzulehnen ist demgegenüber eine *«Arithmetisierung»* der Strafzumessung, da vereinfachende und schablonisierende Modelle der Komplexität des Zumessungsprozesses nicht gerecht werden können, sofern diese dazu führen, dass bei der Festsetzung der Strafhöhe nur noch auf einige wenige Zumessungsfaktoren abgestellt wird (I.D.2.c.a3.ii).

Teil II:

- Das Doppelverwertungsverbot umschreibt ein Prinzip der Strafzumessung, das in Deutschland schon relativ früh von den Gerichten beachtet wurde. Das Verbot besagt (vereinfacht gesagt), dass Umstände, die schon Merkmale des gesetzlichen Tatbestands sind, bei der Strafzumessung weder zugunsten noch zulasten des Täters (erneut) berücksichtigt werden dürfen (II.A.).
- In Deutschland und Österreich findet sich eine positivrechtliche Umschreibung des Verbots in den jeweiligen Strafgesetzbüchern und bereits eine – im Vergleich zur Schweiz – umfangreiche Lehre und Praxis hierzu (II.B.).
- Die Problematik der doppelten Verwertung von Strafzumessungstatsachen war aber bereits Mitte des 19. Jahrhunderts – vor der Ausarbeitung eines Schweizerischen Strafgesetzbuchs – in ein paar wenigen Kantonen erkannt und in den jeweiligen Strafgesetzbüchern eine diesbezügliche Bestimmung implementiert worden (II.C.1. f.).
- Auch in den Beratungen zu einem eidgenössischen Strafgesetzbuch wurde diese Thematik aufgegriffen und eine entsprechende Normierung für den Fall des Zusammentreffens von bestimmten Strafmilderungsgründen ab

dem Vorentwurf von 1894 in den Gesetzesentwurf aufgenommen. Diese Bestimmung fand schliesslich jedoch keinen Eingang in das Schweizerische Strafgesetzbuch (II.C.3.d).

- Das Doppelverwertungsverbot wurde zwar bereits früh in der kantonalen und bundesgerichtlichen Rechtsprechung sowie auch in der Lehre thematisiert. Nichtsdestotrotz fand keine eingehende Erörterung dieses Strafzumessungsprinzips statt (II.C.4. f.).
- Da es in der Schweiz an einer gesetzlichen Regelung des Doppelverwertungsverbots fehlt, stellt sich die Frage, ob es sich auf ein allgemeines (strafrechtliches) Prinzip abstützen kann, da es ansonsten keine Anwendungsgrundlage vorweisen könnte. In der Lehre und Rechtsprechung wurden bislang unterschiedlichste Theorien für den *Geltungsgrund* des Verbots aufgeworfen. Bei diesen handelt es sich etwa um das Prinzip *ne bis in idem*, das Doppelverwertungsverbot als selbständiges «logisches» Prinzip, die materiell-rechtliche Begründungspflicht des Gerichts, der Gewaltenteilungsgrundsatz sowie das Schuldprinzip (II.D.).
- Nach vorliegender Ansicht stellt das *Schuldprinzip* den einschlägigen Geltungsgrund des Doppelverwertungsverbots dar, da aufgrund der strafbegrenzenden und der strafbestimmenden Funktion der Schuld bereits die einmalige Verwendung einer verschuldensrelevanten Strafzumessungstatsache – im Sinne eines realen Strafzumessungsgrunds – zu deren «Verbrauch» unter Schuldgesichtspunkten führt. Ein solcher bereits «verbrauchter» Strafzumessungsgrund kann nun nicht erneut zwecks Bestimmung der Verschuldenshöhe berücksichtigt werden, da ansonsten daraus eine schuldunangemessene Strafe resultieren würde (II.D.5.b.).
- Im Rahmen der in Teil I dargelegten Zumessungsmodelle (*Drei-Phasen-Modell* und *permeables Fünf-Phasen-plus-eins-Modell*) ist das Doppelverwertungsverbot bei den *realen Strafzumessungsgründen* resp. unter *Phase 2* bei der Ermittlung der relevanten Strafzumessungstatsachen in das Strafzumessungssystem einzuordnen (II.E.).
- Was den *fallspezifischen Geltungsbereich* des Doppelverwertungsverbots anbelangt (Geltungsbereich i.e.S.), umfasst das Verbot etwa:
 - Tatbestandsmerkmale (II.F.2.a.);
 - Qualifizierungs- und Privilegierungsmerkmale (II.F.2.b.);
 - offensichtlich unterschiedlich schwere Tatbestandsalternativen, für die derselbe Strafrahmen vorgegeben ist (II.F.2.c.);
 - den Fall der Verwirklichung mehrerer Delikte, die zueinander in echter Konkurrenz stehen, wobei dem Täter hierbei derselbe verschuldensrelevante Umstand mehrmals – bei verschiedenen Straftatbeständen – zur Last gelegt wird (II.F.2.d.);

- unter bestimmten Voraussetzungen die Berücksichtigung des Sinns und Zwecks einer Norm (II.F.2.e.);
 - gewisse Strafzumessungsüberlegungen von Täterschaft und Teilnahme sowie versuchter und vollendeter Tatbegehung (II.F.2.g.; II.F.2.h.);
 - unrechts- und schuldbegründende Merkmale (II.F.2.i.);
- Demgegenüber findet das Verbot *keine* Anwendung auf das sog. «Regeltatbild» sowie auf die konkrete Ausprägung resp. das Ausmass eines Zumessungsumstands, der für die Strafzumessung von Bedeutung sein kann bzw. sein muss (II.F.2.f.; II.F.3.).
- Das Doppelverwertungsverbot findet auch *keine* Anwendung auf *präventive* Strafzumessungsmerkmale – und damit auch nicht auf die Strafzumessung i.w.S. (II.F.2.k.; II.F.4.).
- Was die gegenüber dem Doppelverwertungsverbot vorgebrachte *Kritik* betrifft, beziehen sich die meisten Bemängelungen nicht vornehmlich auf das Doppelverwertungsverbot selbst, sondern vielmehr auf eine insgesamt unzureichend durchgeführte Strafzumessung (II.G.2.).
- Es bietet sich insb. aus Gründen der Klarheit – und damit der Rechtssicherheit – an, das Doppelverwertungsverbot explizit in das Schweizerische Strafgesetzbuch aufzunehmen. Ein neuer Art. 47 Abs. 3 StGB sollte wie folgt lauten: ³ *Verschuldensrelevante Umstände dürfen bei der Strafzumessung weder zulasten noch zugunsten des Täters doppelt berücksichtigt werden* (II.H.2.).
- Im Falle eines Verstosses gegen das Doppelverwertungsverbot handelt es sich – aufgrund des Schuldprinzips als Geltungsgrund – um eine Verletzung von *Bundesrecht*, die auch vor dem Bundesgericht gerügt werden kann (II.I.).

Schlussbetrachtung

Bezug nehmend auf die Einleitung mag es vorliegend vielleicht nicht geglückt sein, den «Pudding fest an die Wand zu nageln», jedoch sollten nun die Leserin oder der Leser – hoffentlich als eine Art «geschulte Laien» – zumindest in der Lage sein, zu bestimmen, an welche Stelle der Wand der Pudding angebracht werden sollte. Zudem gilt es zu hoffen, dass auch den Praktikerinnen und Praktikern unter der Leserschaft zumindest durch den zweiten Teil der vorliegenden Abhandlung das in der Einleitung versprochene «praktische Brot» geliefert werden konnte. Wie vorliegend aber mehrmals hervorgehoben werden musste, ist dieses Brot schwerlich geniessbar, wenn die ihr zugrundeliegende (harte) Theorie nicht korrekt angewendet wird.

Es gilt erneut zu betonen, dass sich die vorliegende Abhandlung nicht herausnimmt, für bestimmte Teile des Strafzumessungsvorgangs eine definitive Lösung zu präsentieren. Die Arbeit hat vielmehr zum Ziel, einen – in einigen Punkten womöglich ersten – Schritt zu einer systematischeren Herangehensweise an den Strafzumessungsvorgang darzustellen. Die aufgeführten Punkte sollen – wie auch der Titel der Arbeit besagt – «keine Messgeräte, wohl aber Wegweiser»²⁴⁴⁸ für eine überprüfbarere Strafzumessung sein. Darauf aufbauende Ergänzungen, aber auch Kritik, sind mehr als nur erwünscht, um eine in dieser Hinsicht breitere Diskussion – und damit eine stete Weiterentwicklung und Verbesserung – zu ermöglichen. Dabei ist jedoch in jedem Fall auf die Einhaltung der der Strafzumessung zugrundeliegenden Grundprinzipien zu achten und sich den Zwecküberlegungen der einzelnen Zumessungskomponenten bewusst zu sein – ganz unabhängig von der vertretenen Ansicht, welche davon in den Zumessungsvorgang einbezogen werden können und dürfen. Auch ist von gewissen Systematisierungen oder abstrakten (mathematischen) Zumessungsmodellen Abstand zu nehmen. Da nämlich ein jeder konkrete Fall anders gelagert ist und uns der Grundsatz der Rechtsgleichheit aufträgt, Gleiches nach der Massgabe seiner Gleichheit gleich, Ungleiches hingegen ungleich zu behandeln, kann auf eine individuelle Differenzierung auch im Rahmen der gerichtlichen Strafzumessung nicht verzichtet werden.²⁴⁴⁹ Zwecks einer solchen (Un-)Gleichbehandlung mittels Differenzierung kann so

²⁴⁴⁸ So passend BRUNS, in: FS Welzel, 740.

²⁴⁴⁹ Siehe zum Rechtsgleichheitsgebot BGE 136 I 297, E. 6.1; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN⁸, Rz. 572; NAY, ZStrR 1994, 177.

auch ein Verzicht auf das gerichtliche Ermessen nicht zielführend sein.²⁴⁵⁰ Denn so eingehend eine gesetzliche Regelung für jeden erdenklichen Fall auch sein mag, so wenig könnte sie im Einzelfall einer Differenzierung im Lichte des Prinzips der Rechtsgleichheit gerecht werden. Um aber auch ein Ausschlagen des Pendels in die Richtung der gerichtlichen Willkür zu vermeiden, bedarf es praktischer und sachlicher Grundsätze der Strafzumessung, auf welche sich das gerichtliche Ermessen stützen kann und muss. Denn auch wenn es unbestrittenermassen schwierig ist, die im konkreten Fall «gerechte» Strafe zu bestimmen, ist es die Pflicht der Gerichte, diese unter Ausschöpfung aller ihnen zur Verfügung stehenden Mittel zumindest anzustreben. Starre Zumessungsmodelle können der Komplexität des Zumessungsprozesses – insb. in Bezug auf die subjektiven Tat- und Täterkomponenten – jedoch nicht gerecht werden und daher auch keine Individualisierung der auszusprechenden Strafe garantieren. Denn was schon JOHANN WOLFGANG VON GOETHE in seiner Ballade «Der Gott und die Bajadere» proklamierte, kann ohne Weiteres als Grundprinzip der auf der Einzeltatschuld basierenden Strafzumessung verwendet werden: Der Richter (oder die Richterin) muss «Menschen menschlich sehn».²⁴⁵¹

2450 Vgl. auch TATA (2020), 27 ff.

2451 VON GOETHE, in: Goethe Werke, 145 (hier der Richter in der Gestalt des Gottes Mahadöh).

Anhang

A. Kantonale Strafzumessungsbestimmungen vor Einführung des Schweizerischen Strafgesetzbuches

Übersicht über die Strafzumessungsbestimmungen einiger kantonalen Strafgesetzbücher.

1. Aargau

§37

Als Massstab der Strafbarkeit der Verbrechen dient die Grösse und Wichtigkeit der Rechtsverletzung und der Grad des bösen Willens des Thäters.

Der Grad des bösen Willens ist nach den im VI. Titel aufgestellten Grundsätzen zu bemessen.

§41

Je grösser der böse Wille und je grösser der dem Gemeinwesen oder dem Einzelnen zugefügte oder der beabsichtigte Schaden ist, desto strafbarer ist das Verbrechen.

§42

Besondere Erschwerungsgründe sind:

- a. Grösse und Unerstzlichkeit des Schadens, den die strafbare Handlung verursacht oder gedroht hat;
- b. Grösse und Dringlichkeit der Verpflichtungen, welche durch die strafbare Handlung verletzt worden sind; hieher gehören: Hülflosigkeit des Beleidigten, Missbrauch von Zutrauen u. dergl.;
- c. grössere Beharrlichkeit, Verwegenheit (z. B. Bewaffnung) oder List bei Vorbereitung und Vollbringung der That;
- d. öftere Wiederholung des gleichen Verbrechens;
- e. öftere Bestrafung des Schuldigen;
- f. die Schwierigkeit, sich gegen das Verbrechen zu schützen.

§43

Je weniger bösen und thätigen Willen der Verbrecher bei der Begehung der That geäussert, und je geringer der verursachte oder der beabsichtigte Schaden ist, desto geringer ist auch die Strafbarkeit.

§44

Besondere Milderungsgründe sind:

- a. Jugend (ein Alter unter 20 Jahren);
- b. Verstandesschwäche, sowie sehr vernachlässigte Erziehung;
- c. untadelhafter Lebenswandel vor dem Verbrechen;
- d. Verleitung zum Verbrechen;
- e. Hinreissung dazu in einer heftigen Gemüthsbewegung;
- f. Anreizung durch den Beschädigten;
- g. Anlockung durch fremde Nachlässigkeit;
- h. drückende Armuth, sofern sie das Verbrechen veranlasste;
- i. das Bestreben, den Schaden zu ersetzen oder weitere Folgen des Verbrechens zu verhindern;
- k. Selbstanzeige aus Reue;
- l. unverschuldete Verlängerung der Untersuchungshaft;
- m. freiwillige Enthaltung von der möglichen Zufügung grösseren Schadens;
- n. Geringfügigkeit des Schadens;
- o. Entdeckung anderer verborgen gewesener Verbrecher und Anhandgabe von Gelegenheit und Mitteln, um dieselben einzubringen.

2. Freiburg**§67**

Dans la détermination des peines entre le maximum et le minimum, le Juge prend en considération les circonstances atténuantes ou aggravantes autres que celles qui font l'objet des dispositions spéciales de la loi, tant sous le rapport du mal matériel causé par le crime, que sous le rapport de la culpabilité de l'agent.

3. Glarus**§35**

Bei Festsetzung der Strafe des einzelnen Falles innerhalb der durch das Gesetz bestimmten Grenzen hat der Richter theils auf den Grad der Schädlichkeit und Gefährlichkeit der zu bestrafenden Handlung, theils auf den Grad der Bösartigkeit und Stärke des von dem Handelnden an den Tag gelegten verbrecherischen Willens, theils endlich auf den bisherigen Lebenswandel des zu Bestrafenden Rücksicht zu nehmen.

§36

Die Strafe ist insbesondere zu erhöhen:

- a. je zahlreichere und wichtigere Beweggründe für die Unterlassung der That vorhanden waren, je mehr und je höhere Pflichten von dem Thäter verletzt

wurden und je mehr derselbe im Stande war, diese Beweggründe und Pflichten deutlich zu erkennen;

- b. je grössere Hindernisse die Ausführung der That erschwerten und je mehr Beharrlichkeit, Dreistigkeit und List angewandt wurden, um dieselbe zu vollbringen;
- c. je mehr Bosheit oder Grausamkeit der Verbrecher gezeigt hat;
- d. je schwieriger es war, sich gegen das Verbrechen zu schützen;
- e. je öfter der Verbrecher gestraft worden ist.

§37

Dagegen ist die Strafe zu mindern:

- a. je weniger der Verbrecher wegen Mangels an Unterricht aus natürlicher Schwäche des Verstandes die volle Gefährlichkeit und Strafwürdigkeit seiner Handlung eingesehen hat;
- b. je mehr er durch Ueberredung, gegründete Furcht, arglistige Versprechungen, Befehl oder Drohung besonders solcher Personen, von denen er abhängig ist, oder auch durch drückende Armuth oder sonstige Noth zu dem Verbrechen bestimmt wurde;
- c. wenn er in besonders aufgeregter und an sich entschuldbarer Gemüthsbewegung gehandelt hat;
- d. wenn sein Benehmen bei oder nach der That auf einen noch geringen Grad von Verdorbenheit schliessen lässt, wie namentlich, wenn er aus eigenem Antriebe bemüht war, den schädlichen Folgen seiner strafbaren Handlung vorzubeugen oder den schon entstandenen Schaden wieder gut machen oder wenn er reumüthig sich selbst der Behörde als den Schuldigen angezeigt oder im Anfange der Untersuchung, ohne noch überführt zu sein, seine Schuld bekannt hat;
- e. wenn der Verbrecher sich noch in jugendlichem Alter befindet.

4. Luzern

§70

Bei Zumessung der Strafe hat der Richter Rücksicht zu nehmen:

- a. auf den Grad der Schädlichkeit und Gefährlichkeit der zu bestrafenden Handlung;
- b. auf die Gesinnung und Willensbeschaffenheit des Thäters.

Je nach den in angegebener Beziehung vorliegenden Milderungs- oder Erschwerungsgründen wird die dem Verbrechen entsprechende Strafe innert den gesetzlich fixirten Grenzen verhältnissmässig erhöht oder gemindert.

5. Neuenburg

§ 88

Entwurf. Les circonstances atténuantes ou aggravantes autres que celles qui font l'objet de dispositions spéciales de la loi sont prises en considération par le juge dans la détermination de la peine.

6. Solothurn

§ 51

Bei Zumessung der Strafe innerhalb der durch das Gesetz bestimmten Grenzen hat der Richter auf den Grad der Gefährlichkeit der zu bestrafenden Handlung, die Grösse des daraus entstandenen Schadens, auf den Grad der Bösartigkeit und Stärke des vom Handelnden an den Tag gelegten rechtsverletzenden Willens und auf den bisherigen Lebenswandel des zu Bestrafenden Rücksicht zu nehmen.

Als Grund zur Erhöhung der Strafe soll namentlich berücksichtigt werden, wenn die betreffende Handlung von Mehreren nach vorheriger Verabredung verübt oder wenn der Schuldige früher schon bestraft worden.

Dagegen soll als Milderungsgrund auf das Strafmass einwirken:

- 1) wenn der Schuldige thätige Reue bezeugt, indem er die nachtheiligen Folgen der That möglichst verhindert oder dafür Vergütung leistet, ein Geständniss ablegt u.s.f.
- 2) Wenn der Schuldige wegen schlechter Erziehung oder beschränktem Verstande die volle Strafwürdigkeit und Gefährlichkeit seiner Handlung nicht einzusehen im Stande war.
- 3) Wenn er durch Ueberredung, Gunst, Versprechungen, Befehl oder Drohung, durch drückende Armuth oder sonstige Noth bestimmt wurde.
- 4) Wenn er in besonders aufgeregter und an sich entschuldbarer Gemüthsbewegung gehandelt hat.

7. Tessin

Art. 40

§ 1. Salvo i casi, in cui diversamente stabilisce la legge, le pene si applicano entro la latitudine dei rispettivi gradi, colle norme seguenti:

- a. La pena della reclusione temporanea non può esser suddivisa ed applicata che ad anni;
- b. La pena della detenzione nel primo grado può essere applicata a giorni od a mesi; nel secondo grado si applica a mesi; nel terzo grado ad anni o a trimestri; negli altri due gradi ad anni o a semestri;

- c. La pena della degradazione civica si applica ad anni;
- d. La pena dell'interdizione si applica a mesi; nei limiti del primo grado a semestri; o ad anni nei limiti degli altri gradi;
- e. La pena della multa si applica come all' art. 29.

§ 2. I Giudici applicheranno le pene nella latitudine dei rispettivi gradi, secondo la maggiore o minore gravità del crimine o delitto, secondo che fu più o meno matura la riflessione e deliberata la preparazione dei mezzi, che fu maggiore o minore il danno che ne è derivato, ed il pericolo di più dannosi risultati che vi andava unito.

Art. 42

Concorrendo insieme circostanze di aumento e di diminuzione della pena, se il numero dei gradi di aumento è uguale a quello dei gradi di diminuzione, si applica la pena ordinaria del crimine o delitto; e se il loro numero è diverso, si applicano i soli gradi di aumento o di diminuzione che ne costituiscono la differenza, ferma sempre la facoltà del Giudice di spaziare nel grado che risulta applicabile.

8. Waadt

§ 63

Les circonstances atténuantes ou aggravantes, autres que celles qui font l'objet de dispositions spéciales de la loi, sont prises en considération par le juge, dans la détermination de la peine, entre le maximum et le minimum.

9. Wallis

§ 96

Dans l'application des peines, le juge aura égard aux circonstances qui peuvent augmenter ou diminuer la culpabilité du délinquant, tant sous le rapport du mal matériel cause par le délit, que sous le rapport de la perversité de l'agent.

§ 97

Sous le rapport du mal matériel cause par le délit, la culpabilité est augmentée:

- a. par l'étendue du dommage causé par le délit et par le nombre de personnes qui en ont souffert;
- b. par la difficulté de se mettre à l'abri des atteintes du délit.

§ 98

Sous le rapport de la perversité de l'agent, la culpabilité est augmentée:

- a. par le nombre et l'importance des devoirs enfreints, et des motifs qu'avait le délinquant de s'abstenir du délit;

- b. par le degré de persistance, d'audace, de ruse, de méchanceté et de cruauté avec lequel le délit a été préparé et exécuté;
- c. par une conduite qui prouve l'habitude de méfaire;
- d. par la part plus ou moins grande qu'il a prise à la perpétration du délit, lorsqu'il a été commis par le concours de plusieurs personnes;
- e. suivant que, par ses mensonges, il a rendu plus difficile l'instruction du procès.

§ 99

La culpabilité est surtout atténuée:

- a. par les circonstances qui, sans justifier l'agent, diminuent cependant l'imputabilité de l'action, tels que le défaut d'instruction, la faiblesse des facultés intellectuelles, l'ignorance et l'erreur imputables, l'ivresse autre que celle mentionnée à l'article 88, la séduction, le commandement, les menaces, l'état de dépendance du délinquant, une extrême pauvreté ou toute autre nécessité qui ont pu le porter à commettre le délit; l'état d'excitation plus ou moins violent et plus ou moins excusable dans lequel il se trouvait au moment du délit;
- b. par une conduite antérieure plus ou moins exempte de reproches;
- c. lorsque le délinquant témoigne, immédiatement après l'exécution, un repentir efficace; et s'il s'est efforcé de réparer le dommage causé ou d'en diminuer l'étendue, selon son pouvoir;
- d. s'il s'est dénoncé lui-même à l'autorité, ou si, dès le commencement de l'enquête, il a fait l'aveu sincère du délit.

§ 100

Les circonstances aggravantes et atténuantes, énumérées par forme d'exemples dans les articles précédents, n'excluent pas les autres cas qui peuvent se présenter et que le juge doit aussi prendre en considération.

§ 343

Les contraventions sont punies des peines mentionnées à l'article suivant.

La graduation de ces peines et leur application à chaque espèce de contravention est confiée à l'appréciation des tribunaux de police, qui auront égard au plus ou moins de gravité de la contravention et aux motifs d'excuse allégués.

10. Zürich

§ 58

Bei Zumessung der Strafe innerhalb der durch das Gesetz bestimmten Grenzen hat der Richter Rücksicht zu nehmen theils auf den Grad der Schädlichkeit und Gefährlichkeit der zu bestrafenden Handlung, theils auf die Bösartigkeit und Stärke des von dem Thäter an den Tag gelegten verbrecherischen Willens, theils endlich auf den bisherigen Lebenswandel des zu Bestrafenden.

§ 59

Die Strafe ist namentlich zu erhöhen:

- a. je bedeutender der durch das Verbrechen bewirkte oder gedrohte Nachtheil ist, und je weniger derselbe ersetzt werden kann;
- b. je zahlreichere und wichtigere Beweggründe für die Unterlassung der That vorhanden waren; je mehr oder je grössere Pflichten der Thäter verletzt, und je mehr derselbe im Stande war, diese Beweggründe und Pflichten deutlich zu erkennen;
- c. je grössere Hindernisse die Begehung der That erschwerten und je mehr Beharrlichkeit, Verwegenheit und List angewendet wurde, um dieselbe vorzubereiten und auszuführen;
- d. je mehr Bosheit und Grausamkeit der Thäter an den Tag legte;
- e. je öfter der Verbrecher schon bestraft worden ist;
- f. je schwieriger es war, sich gegen das Verbrechen zu schützen, weshalb es als besonderer Erschwerungsgrund angesehen werden soll, wenn ein Verbrechen von mehreren Theilnehmern auf vorangegangene Verabredung hin verübt worden ist.

§ 60

Dagegen ist die Strafe insbesondere in folgenden Fällen zu mildern:

- a. wenn der Urheber gleich nach Verübung der strafbaren Handlung thätige Reue bezeigt, indem er die schädlichen Folgen der That möglichst verhindert oder gut macht; z.B. den Schaden freiwillig ersetzt, sich selbst angibt, bevor er überführt ist, ein Geständniss ablegt u. s. f.;
- b. je weniger der Verbrecher wegen Mangels an Unterricht, wegen schlechter Erziehung oder aus natürlicher Schwäche des Verstandes die volle Gefährlichkeit und Strafwürdigkeit seiner Handlung einzusehen im Stande war;
- c. je mehr er durch Ueberredung, Furcht, arglistige Versprechungen, Befehl oder Drohung besonders solcher Personen, von denen er abhängig ist, oder auch drückende Armuth oder sonstige Noth zu dem Verbrechen bestimmt wurde;
- d. wenn er in einer zufällig entstandenen und an sich entschuldbaren Gemüthsbewegung gehandelt hat;
- e. je besser sein bisheriger Lebenswandel war;
- f. wenn er unbekanntes Theilnehmer am Verbrechen entdeckt oder aus eigenem Antriebe zu deren Ergreifung Mittel und Gelegenheit gegeben hat;
- g. wegen der Jugend des Verbrechers im Falle des § 62.

B. Die Vorentwürfe zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch

1. Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch, Allgemeiner Teil, Im Auftrage des Bundesrates ausgearbeitet von Carl Stooss – 1893

Art. 36 – Strafzumessung

Bei Bemessung der Strafe zieht der Richter namentlich auch die Beweggründe, das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse des Thäters in Betracht.

Art. 37 – Strafmilderung

Die Strafe kann gemildert werden:

Wenn der Schuldige das Verbrechen

aus edeln Beweggründen,

in schwerer Bedrängnis,

unter dem Eindruck einer Drohung oder des Befehls einer Person, von der er abhängig ist,

in dem Wahne, er mache sich keiner strafbaren Handlung schuldig,

begangen hat;

Wenn er aufrichtige Reue über das Verbrechen betätigt hat;

Wenn die Verjährungsfrist nahezu abgelaufen ist (Art. 44).

Art. 38 – Wirkung der Strafmilderung

Ist die Strafe zu mildern, so erkennt der Richter auf:

zeitliches Zuchthaus statt lebenslänglichem Zuchthaus,

Zuchthaus oder Gefängnis von 1 bis 5 Jahren statt Zuchthaus von 5 bis 15 Jahren,

Gefängnis von 6 Monaten bis 3 Jahren statt Zuchthaus von 1 bis 5 Jahren,

Gefängnis von 8 Tagen bis 1 Jahr statt Gefängnis von 1-5 Jahren,

Haft (Art. 00) oder Geldstrafe statt Gefängnis.

Art. 39 – Straferhöhung

Die Strafe soll das mittlere Strafmass übersteigen:

Wenn der Schuldige das Verbrechen aus niederträchtiger Gesinnung, insbesondere aus Bosheit, Rohheit, Hinterlist, Rachsucht, Habsucht, Schadenfreude, oder aus Lust am Verbrechen begangen hat;

Wenn der Schuldige während der 5 Jahre, die der Begehung des Verbrechens vorgegangen sind, in der Schweiz oder im Ausland eine Freiheitsstrafe wegen eines gemeinen Verbrechens erstanden hat und nicht gesetzliche Milderungsgründe vorliegen (Art. 37 u.a.).

2. Schweizerisches Strafgesetzbuch, Vorentwurf im Auftrage des schweizerischen Bundesrates ausgearbeitet von Carl Stooss – 1894

Art. 35 – Strafzumessung

Der Richter bemisst die Strafe nach der Schuld, die Geldstrafe auch nach den Mitteln des Thäters und berücksichtigt dabei die Beweggründe, das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse des Schuldigen.

Art. 36 – Strafmilderungsgründe

Die Strafe kann gemildert werden:

Wenn der Schuldige das Verbrechen

aus achtungswerten Beweggründen,

in schwerer Bedrängnis oder

unter dem Eindruck einer ernststen Drohung

begangen hat;

wenn er durch schwere Reizung oder Kränkung, zu der er nicht Anlass gegeben hat, augenblicklich zu der That hingerissen worden ist;

wenn er aufrichtige Reue über das Verbrechen bethätigt hat;

wenn die Verjährungsfrist nahezu abgelaufen ist (Art. 45).

Berücksichtigt das Gesetz einen dieser Milderungsgründe bei einem Verbrechen besonders, so begründet derselbe keine weitere Strafmilderung.

Art. 37 – Strafmilderung

Ist die Strafe zu mildern, so werden die angedrohten Strafen in folgender Weise herabgesetzt:

Lebenslängliches Zuchthaus auf Zuchthaus nicht unter 10 Jahren,

Zuchthaus nicht unter 10 Jahren auf Zuchthaus nicht unter 5 Jahren,

Zuchthaus nicht unter 5 Jahren auf Zuchthaus nicht unter 2 Jahren,

Zuchthaus nicht unter 3 oder nicht unter 2 Jahren auf Zuchthaus,

Zuchthaus auf Gefängnis von 1 bis 5 Jahren,

Gefängnis nicht unter 1 Jahr auf Gefängnis nicht unter 3 Monaten,

Gefängnis nicht unter 6 Monaten auf Gefängnis nicht unter 1 Monat,

Gefängnis nicht unter 3, 2 oder 1 Monat auf Gefängnis,

Gefängnis auf Haft.

Sind verschiedene Strafen wahlweise angedroht, so wird die mildeste Strafe herabgesetzt.

Ist die Strafe unbeschränkt zu mildern, so kann sie über das in dieser Vorschrift vorgesehene Mass hinaus gemildert werden.

Art. 38 – Straferhöhung

Hat der Thäter innerhalb der letzten 5 Jahre vor Begehung des Verbrechens eine Zuchthausstrafe erstanden, so erhöht der Richter die zu erkennende Zuchthaus- oder Gefängnisstrafe um die Hälfte; er ist an das höchste Mass der angedrohten Strafe nicht gebunden, darf aber die höchste gesetzliche Dauer der Straftart nicht überschreiten.

Ist auf Gefängnisstrafe über ein Jahr zu erkennen[,] so wird die Gefängnisstrafe in Zuchthausstrafe von gleicher Dauer umgewandelt.

Art. 39 – Anrechnung ausländischer Vorstrafen

Begründet die Vorbestrafung des Täters eine Erhöhung der Strafe oder die Verwahrung, so fallen auch die Strafen in Betracht, die der Schuldige im Ausland erstanden hat.

Art. 40 – Zusammentreffen von Strafmilderungs- und Straferhöhungsgründen

Trifft ein Strafmilderungsgrund mit einem Straferhöhungsgrund zusammen, so wird die Strafe nicht gemildert, der Richter kann über von Straferhöhung absehen.

3. Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch nach den Beschlüssen der Expertenkommission – 1896

Art. 38 – Strafzumessung

Der Richter bemisst die Strafe, die auf das Verbrechen angedroht ist, nach der Schuld, die Geldstrafe auch nach den Mitteln des Täters und berücksichtigt dabei die Beweggründe, das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse des Schuldigen.

Art. 39 – Strafmilderungsgründe

Die Strafe kann gemildert werden:

Wenn der Schuldige das Verbrechen

aus achtungswerten Beweggründen,

in schwerer Bedrängnis oder

unter dem Eindruck einer schweren Drohung oder

auf Befehl eines Vorgesetzten

begangen hat;

wenn er durch schwere Reizung oder Kränkung, zu der er nicht Anlass gegeben hat, augenblicklich zu der That hingerissen worden ist;

wenn er aufrichtige Reue über das Verbrechen bethätigt hat;

wenn er zur Zeit der That das 20. Altersjahr nicht zurückgelegt hatte;

wenn die Verjährungsfrist bei Einleitung der Strafverfolgung nahezu abgelaufen war (Art. 48).

Berücksichtigt das Gesetz einen dieser Milderungsgründe bei einem Verbrechen besonders, so begründet derselbe keine weitere Strafmilderung.

Art. 40 – Strafmilderung

§ 1. Mildert der Richter die Strafe, so setzt er die angedrohten Strafen in folgender Weise herab:

Lebenslängliches Zuchthaus auf Zuchthaus nicht unter 10 Jahren,
Zuchthaus nicht unter 10 Jahren auf Zuchthaus nicht unter 5 Jahren,
Zuchthaus nicht unter 5 Jahren auf Zuchthaus nicht unter 2 Jahren,
Zuchthaus nicht unter 3 oder nicht unter 2 Jahren auf Zuchthaus,
Zuchthaus auf Gefängnis von 6 Monaten bis 5 Jahren,
Gefängnis nicht unter 1 Jahr auf Gefängnis nicht unter 3 Monaten,
Gefängnis nicht unter 6 Monaten auf Gefängnis nicht unter 1 Monat,
Gefängnis nicht unter 3, 2 oder 1 Monat auf Gefängnis,
Gefängnis auf Haft.

Sind verschiedene Freiheitsstrafen wahlweise angedroht, so wird die mildeste Strafe herabgesetzt.

§ 2. Mildert der Richter die Strafe nach freiem Ermessen, so kann er Art und Mass der angedrohten Strafe unbeschränkt mildern.

Art. 41 – Straferhöhung

Hat der Thäter innerhalb der letzten 5 Jahre vor Begehung des Verbrechens eine Zuchthausstrafe oder eine Gefängnisstrafe von über 6 Monaten erstanden, oder ist er an Stelle derselben in eine Arbeitsanstalt verwiesen worden (Art. 26), so erhöht der Richter die zu erkennende Zuchthaus- oder Gefängnisstrafe um die Hälfte; er ist an das höchste Mass der angedrohten Strafe nicht gebunden, darf aber die höchste gesetzliche Dauer der Strafart nicht überschreiten.

Würde die gesetzlich zulässige Dauer der Gefängnisstrafe überschritten (Art. 22), so wird die Gefängnisstrafe in Zuchthausstrafe umgewandelt.

Art. 42 – Anrechnung ausländischer Vorstrafen

Begründet die Vorbestrafung des Täters eine Erhöhung der Strafe oder die Verwahrung, so fallen auch die Strafen in Betracht, die der Schuldige im Ausland erstanden hat, jedoch mit Ausnahme von Strafen wegen Verbrechen gegen den Staat.

Art. 43 – Zusammentreffen von Strafmilderungs- und Straferhöhungsgründen

Trifft ein Strafmilderungsgrund (Art. 39) mit einem Straferhöhungsgrund (Art. 41) zusammen, so wird die Strafe nicht gemildert, der Richter kann aber von Straferhöhung absehen.

4. Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch und zu einem Bundesgesetz betreffend Einführung des Schweizerischen Strafgesetzbuches. Nach den Beschlüssen der von dem eidgenössischen Justizdepartement mit der Durchsicht des Vorentwurfs von 1896 beauftragten Expertenkommission – 1903

Art. 47 – Strafzumessung

Der Richter bemisst die Strafe nach der Schuld des Täters und berücksichtigt dabei die Beweggründe, das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse des Schuldigen.

Die Busse ist auch nach den Mitteln des Täters zu bemessen. Gestalten sich die Verhältnisse des Täters nach dem Urteil wesentlich ungünstiger, so kann der Richter den Betrag der Busse angemessen ermässigen.

Hat der Richter die Wahl, auf Zuchthaus oder auf Gefängnis zu erkennen, so ist auf Zuchthaus zu erkennen, wenn die Tat eine gemeine Gesinnung oder einen schlechten Charakter des Täters bekundet.

Art. 48 – Strafmilderungsgründe

§ 1. Die Strafe kann gemildert werden:

wenn der Schuldige das Verbrechen

aus achtungswerten Beweggründen,

in schwerer Bedrängnis oder

unter dem Eindruck einer schweren Drohung oder

auf Befehl eines Vorgesetzten

begangen hat;

wenn er durch schwere Reizung oder Kränkung, zu der er nicht Anlass gegeben hat, augenblicklich zu der Tat hingerissen worden ist;

wenn er aufrichtige Reue über das Verbrechen betätigt hat;

wenn er zur Zeit der Tat das achtzehnte, aber nicht das zwanzigste Altersjahr zurückgelegt hatte;

wenn die Verjährungsfrist bei Einleitung der Strafverfolgung nahezu abgelaufen war.

§ 2. Erklärt das Gesetz einen solchen Umstand für ein bestimmtes Verbrechen als besonderen Strafmilderungsgrund, so findet diese Bestimmung keine Anwendung.

Art. 49 – Strafmilderung

§ 1. Mildert der Richter die Strafe, so setzt er die angedrohten Strafen in folgender Weise herab:

Lebenslängliches Zuchthaus auf Zuchthaus nicht unter zehn Jahren,

Zuchthaus nicht unter zehn Jahren auf Zuchthaus nicht unter fünf Jahren,

Zuchthaus nicht unter fünf Jahren auf Zuchthaus nicht unter zwei Jahren,

Zuchthaus nicht unter drei oder nicht unter zwei Jahren auf Zuchthaus,
 Zuchthaus auf Gefängnis von sechs Monaten bis zu fünf Jahren,
 Gefängnis nicht unter einem Jahr auf Gefängnis nicht unter drei Monaten,
 Gefängnis nicht unter sechs Monaten auf Gefängnis nicht unter einem Monat,
 Gefängnis nicht unter drei Monaten, nicht unter zwei Monaten oder nicht
 unter einem Monat auf Gefängnis,
 Gefängnis auf Haft (Art. 228).

§2. Sind verschiedene Freiheitsstrafen wahlweise angedroht, so erkennt der Richter auf die mildeste der angedrohten Freiheitsstrafen; er kann diese Strafe nach Massgabe dieser Bestimmungen herabsetzen.

Art. 50 – Strafmilderung nach freiem Ermessen des Richters

Ermächtigt das Gesetz den Richter ausdrücklich, die Strafe nach freiem Ermessen zu mildern, so ist der Richter an die Strafart und das Strafmass, die für das Verbrechen angedroht sind, nicht gebunden.

Art. 51 – Rückfall

Beght jemand, der eine Freiheitsstrafe von mehr als sechs Monaten in der Schweiz oder im Ausland erstanden hat oder der an Statt oder neben einer Gefängnisstrafe in eine Arbeitsanstalt eingewiesen war (Art. 31), vor Ablauf von fünf Jahren nach seiner endgültigen Entlassung wieder ein Verbrechen, so erhöht der Richter die zu erkennende Zuchthaus- oder Gefängnisstrafe; er ist an das höchste Mass der angedrohten Strafe nicht gebunden, darf aber die höchste gesetzliche Dauer der Strafart (Art. 26, 27 §2) nicht überschreiten.

Die Vorbestrafung des Täters im Ausland wegen eines Verbrechens, für welches die Auslieferung nach schweizerischem Recht nicht bewilligt werden könnte, begründet jedoch keine Straferhöhung.

5. Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch im Auftrage des hohen schweizerischen Justizdepartements neu gefasst von Prof. C. Stooss – 1908

Art. 49 – Strafzumessung

Der Richter misst dem Täter die Strafe nach seinem Verschulden zu; er berücksichtigt die Beweggründe, das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse des Schuldigen.

Art. 50 – Mildernde Umstände

1. Der Richter kann die Strafe mildern:

wenn der Täter das Verbrechen

aus achtungswerten Beweggründen,
 in schwerer Bedrängnis oder

unter dem Eindruck einer schweren Drohung, oder
 auf Veranlassung einer Person, von der er abhängig ist, begeht;
 wenn er durch eine schwere Reizung oder Kränkung, zu der er nicht Anlass gegeben hat, zu dem Verbrechen augenblicklich hingerissen worden ist;
 wenn er aufrichtige Reue über das Verbrechen betätigt hat, namentlich den Schaden, soweit es ihm möglich war, gut gemacht hat;
 wenn das Verbrechen nahezu verjährt ist, wenn die Strafverfolgung gegen ihn eingeleitet wird.

2. Berücksichtigt das Gesetz einen solchen mildernden Umstand bei einem Verbrechen besonders, so wird die Strafe nicht weiter gemildert.

Art. 51 – Mildere Strafsätze

Die gesetzlichen Strafandrohungen werden für den Fall der Strafmilderung herabgesetzt und zwar

Lebenslängliches Zuchthaus: auf Zuchthaus nicht unter zehn Jahren;

Zuchthaus nicht unter zehn Jahren: auf Zuchthaus nicht unter fünf Jahren;

Zuchthaus nicht unter fünf Jahren: auf Zuchthaus nicht unter zwei Jahren;

Zuchthaus nicht unter drei oder nicht unter zwei Jahren: auf Zuchthaus;

Zuchthaus: auf Gefängnis von mindestens sechs Monaten und höchstens zwei Jahren;

Gefängnis nicht unter einem Jahr: auf Gefängnis nicht unter drei Monaten;

Gefängnis nicht unter sechs Monaten: auf Gefängnis nicht unter einem Monat;

Gefängnis nicht unter einem Monat: auf Gefängnis,

Gefängnis: auf Haft (Art. 228).

Art. 52 – Ausschluss der Zuchthausstrafe

Hat der Richter die Wahl zwischen Zuchthaus und Gefängnis, so erkennt er bei mildernden Umständen auf Gefängnis; er kann die Gefängnisstrafe, die das Gesetz auf das Verbrechen androht, herabsetzen (§ 54).

Art. 53 – Strafmilderung nach freiem Ermessen des Richters

Ermächtigt das Gesetz den Richter ausdrücklich, die Strafe nach freiem Ermessen zu mildern, so ist der Richter an die Strafart und das Strafmass, die für das Verbrechen angedroht sind, nicht gebunden.

Art. 54 – Gemeine Gesinnung des Täters

Hat der Richter die Wahl zwischen Zuchthaus und Gefängnis, so erkennt er auf Zuchthaus, wenn das Verbrechen eine gemeine Gesinnung oder einen schlechten Charakter des Täters bekundet.

Art. 55 – Rückfall

Begeht jemand, der eine Freiheitsstrafe von mehr als sechs Monaten in der Schweiz oder im Ausland erstanden hat oder der an Statt oder neben einer Gefängnisstrafe in eine Arbeitserziehungsanstalt eingewiesen war (Art. 32), vor Ablauf von drei Jahren nach seiner endgültigen Entlassung wieder ein Verbrechen, so erhöht der Richter die zu erkennende Zuchthaus- oder Gefängnisstrafe; er ist an das höchste Mass der angedrohten Strafe nicht gebunden, darf aber die höchste gesetzliche Dauer der Strafart (Art. 28, 29) nicht überschreiten.

Ist der Täter im Ausland wegen eines Verbrechens, für das die Auslieferung nach schweizerischem Recht nicht bewilligt werden könnte, bestraft worden, so wird die Strafe nicht erhöht.

**6. Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch,
Fassung der zweiten Expertenkommission – 1916****Art. 62 – Strafzumessung**

Der Richter misst innerhalb der vom Gesetze vorgeschriebenen Grenzen die Strafe nach dem Verschulden des Täters zu; er berücksichtigt die Beweggründe, das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse des Schuldigen.

Art. 63 – Mildernde Umstände

1. Der Richter kann die Strafe mildern:

wenn der Täter das Vergehen begangen hat

aus achtungswerten Beweggründen,

in schwerer Bedrängnis,

unter dem Eindruck einer schweren Drohung,

auf Veranlassung einer Person, der er Gehorsam schuldig oder von der er abhängig ist;

wenn Zorn oder grosser Schmerz über eine ungerechte Reizung oder Kränkung den Täter zu dem Vergehen hingerissen hat;

wenn er aufrichtige Reue über das Verbrechen betätigt, namentlich den Schaden, soweit es ihm möglich war, gut gemacht hat;

wenn seit der Tat verhältnismässig lange Zeit verstrichen ist und sich der Täter während dieser Zeit wohl verhalten hat.

2. Gehört ein solcher mildernder Umstand bereits zum Tatbestand eines Vergehens, so tritt eine weitere Strafmilderung wegen dieses mildernden Umstandes nicht ein.

Art. 64 – Strafsätze bei Strafmilderung

Die gesetzlichen Strafandrohungen werden für den Fall der Strafmilderung herabgesetzt, und zwar:

Lebenslängliches Zuchthaus: auf Zuchthaus von mindestens zehn Jahren;
 Zuchthaus mit besonders bestimmter Mindestdauer: auf Zuchthaus;
 Zuchthaus: auf Gefängnis von sechs Monaten und bis zu fünf Jahren;
 Gefängnis mit besonders bestimmter Mindestdauer: auf Gefängnis;
 Gefängnis: auf Haft oder Busse.

Art. 65 – Strafmilderung nach freiem Ermessen

Ermächtigt das Gesetz den Richter, die Strafe nach freiem Ermessen zu mildern, so ist er an die Strafart und das Strafmass, die für das Vergehen angedroht sind, nicht gebunden.

Art. 66 – Rückfall

1. Wird jemand zu Freiheitsstrafe verurteilt und sind zur Zeit der Tat noch nicht fünf Jahre vergangen, seit er eine Freiheitsstrafe ganz oder teilweise erstanden hat, oder aus der Verwahrungs- oder Arbeitserziehungsanstalt entlassen worden ist, so erhöht der Richter die Strafe. Er ist an das höchste Mass der angedrohten Strafe nicht gebunden, darf aber die höchste gesetzliche Dauer der Strafart nicht überschreiten. Der Erlass durch Begnadigung steht der Erstehung gleich.

2. Eine Bestrafung im Auslande begründet Rückfall, wenn sie wegen eines Vergehens erfolgt ist, für das nach schweizerischem Recht die Auslieferung bewilligt werden könnte.

7. Departementsentwurf zum Schweizerischen Strafgesetzbuch – Juni 1918

Art. 60 – Strafzumessung

Der Richter misst die Strafe nach dem Verschulden des Täters zu; er berücksichtigt die Beweggründe, das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse des Schuldigen.

Art. 61 – Mildernde Umstände

Der Richter kann die Strafe mildern:

wenn der Täter das Vergehen begangen hat

aus achtungswerten Beweggründen,

in schwerer Bedrängnis,

unter dem Eindruck einer schweren Drohung,

auf Veranlassung einer Person, der er Gehorsam schuldig oder von der er abhängig ist;

wenn Zorn oder grosser Schmerz über eine ungerechte Reizung oder Kränkung den Täter zu dem Vergehen hingerissen hat;

wenn er aufrichtige Reue über das Verbrechen betätigt, namentlich den Schaden, soweit es ihm möglich war, gutgemacht hat;

wenn seit der Tat verhältnismässig lange Zeit verstrichen ist und sich der Täter während dieser Zeit wohl verhalten hat.

Art. 62 – Strafsätze bei Strafmilderung

Findet der Richter, die Strafe sei zu mildern, so erkennt er:

statt auf lebenslängliches Zuchthaus: auf Zuchthaus von mindestens zehnjahren;

statt auf Zuchthaus mit besonders bestimmter Mindestdauer: auf Zuchthaus;

statt auf Zuchthaus: auf Gefängnis von sechs Monaten und bis zu fünf Jahren;

statt auf Gefängnis mit besonders bestimmter Mindestdauer: auf Gefängnis;

statt auf Gefängnis: auf Haft oder Busse.

Art. 63 – Strafmilderung nach freiem Ermessen

Ermächtigt das Gesetz den Richter, die Strafe nach freiem Ermessen zu mildern, so ist er an die Straftat und das Strafmass, die für das Vergehen angedroht sind, nicht gebunden.

Art. 64 – Rückfall

1. Wird jemand zu Freiheitsstrafe verurteilt und sind zur Zeit der Tat noch nicht fünf Jahre vergangen, seit er eine Freiheitsstrafe ganz oder teilweise erstanden hat oder aus der Verwahrungs- oder Arbeitserziehungsanstalt entlassen worden ist, so erhöht der Richter die Dauer der Strafe. Er ist an das höchste Mass der angedrohten Strafe nicht gebunden, darf aber die höchste gesetzliche Dauer der Straftat nicht überschreiten.

Der Erlass durch Begnadigung steht der Erstehung gleich.

2. Eine Bestrafung im Ausland begründet Rückfall, wenn sie wegen eines Vergehens erfolgt ist, für das nach schweizerischem Recht die Auslieferung bewilligt werden könnte.

8. Entwurf des Bundesrates an die Bundesversammlung, Schweizerisches Strafgesetzbuch – Juli 1918

Art. 60 – Strafzumessung

Der Richter misst die Strafe nach dem Verschulden des Täters zu; er berücksichtigt die Beweggründe, das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse des Schuldigen

Art. 61 – Mildernde Umstände

Der Richter kann die Strafe mildern:

wenn der Täter das Vergehen begangen hat

aus achtungswerten Beweggründen,

in schwerer Bedrängnis,

unter dem Eindruck einer schweren Drohung,
 auf Veranlassung einer Person, der er Gehorsam schuldig oder von der er abhängig ist;
 wenn Zorn oder grosser Schmerz über eine ungerechte Reizung oder Kränkung den Täter zu dem Vergehen hingerissen hat;
 wenn er aufrichtige Reue über das Verbrechen betätigt, namentlich den Schaden, soweit es ihm möglich war, gutgemacht hat;
 wenn seit der Tat verhältnismässig lange Zeit verstrichen ist und sich der Täter während dieser Zeit wohl verhalten hat.

Art. 62 – Strafsätze bei Strafmilderung

Findet der Richter, die Strafe sei zu mildern, so erkennt er:

statt auf lebenslängliches Zuchthaus: auf Zuchthaus von mindestens zehn Jahren;
 statt auf Zuchthaus mit besonders bestimmter Mindestdauer: auf Zuchthaus;
 statt auf Zuchthaus: auf Gefängnis von sechs Monaten und bis zu fünf Jahren;
 statt auf Gefängnis mit besonders bestimmter Mindestdauer: auf Gefängnis;
 statt auf Gefängnis: auf Haft oder Busse.

Art. 63 – Strafmilderung nach freiem Ermessen

Ermächtigt das Gesetz den Richter, die Strafe nach freiem Ermessen zu mildern, so ist er an die Strafart und das Strafmass, die für das Vergehen angedroht sind, nicht gebunden.

Der Richter ist aber an das gesetzliche Mindestmass der Strafart gebunden.

Art. 64 – Rückfall

1. Wird jemand zu Freiheitsstrafe verurteilt und sind zur Zeit der Tat noch nicht fünf Jahre vergangen, seit er eine Freiheitsstrafe ganz oder teilweise erstanden hat oder aus der Verwahrungs- oder Arbeitserziehungsanstalt entlassen worden ist, so erhöht der Richter die Dauer der Strafe. Er ist an das höchste Mass der angedrohten Strafe nicht gebunden, darf aber die höchste gesetzliche Dauer der Strafart nicht überschreiten.

Der Erlass durch Begnadigung steht der Erstehung gleich.

2. Eine Bestrafung im Ausland begründet Rückfall, wenn sie wegen eines Vergehens erfolgt ist, für das nach schweizerischem Recht die Auslieferung bewilligt werden könnte.

9. Schweizerisches Strafgesetzbuch – 21. Dezember 1937

Art. 63 – 1. Allgemeine Regel

Der Richter misst die Strafe nach dem Verschulden des Täters zu; er berücksichtigt die Beweggründe, das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse des Schuldigen.

Art. 64 – 2. Strafmilderung. Mildernde Umstände

Der Richter kann die Strafe mildern:

wenn der Täter gehandelt hat

aus achtungswerten Beweggründen,

in schwerer Bedrängnis,

unter dem Eindruck einer schweren Drohung,

auf Veranlassung einer Person, der er Gehorsam schuldig oder von der er abhängig ist;

wenn der Täter durch das Verhalten des Verletzten ernstlich in Versuchung geführt wurde;

wenn Zorn oder grosser Schmerz über eine ungerechte Reizung oder Kränkung ihn hingerissen hat;

wenn er aufrichtige Reue über das Verbrechen betätigt, namentlich den Schaden, soweit es ihm zuzumuten war, ersetzt hat;

wenn seit der Tat verhältnismässig lange Zeit verstrichen ist und der Täter sich während dieser Zeit wohl verhalten hat.

Art. 65 – Strafsätze

Findet der Richter, die Strafe sei zu mildern, so erkennt er:

statt auf lebenslängliches Zuchthaus: auf Zuchthaus von mindestens zehn Jahren;

statt auf Zuchthaus mit besonders bestimmter Mindestdauer: auf Zuchthaus;

statt auf Zuchthaus: auf Gefängnis von sechs Monaten und bis zu fünf Jahren;

statt auf Gefängnis mit besonders bestimmter Mindestdauer: auf Gefängnis;

statt auf Gefängnis: auf Haft oder Busse.

Art. 66 – Strafmilderung nach freiem Ermessen

Wo das Gesetz eine Strafmilderung nach freiem Ermessen vorsieht, ist der Richter an die Strafart und das Strafmass, die für Verbrechen oder Vergehen angedroht sind, nicht gebunden.

Der Richter ist aber an das gesetzliche Mindestmass der Strafart gebunden.

Art. 67 – 3. Strafschärfung. Rückfall

1. Wird jemand zu Zuchthaus oder Gefängnis verurteilt und sind zur Zeit der Tat noch nicht fünf Jahre vergangen, seit er eine Zuchthaus- oder Gefängnisstrafe ganz oder teilweise verbüsst hat oder aus einer der in den Art. 42 bis 45 genannten Anstalten entlassen worden ist, so erhöht der Richter die Dauer der Strafe. Er ist an das höchste Mass der angedrohten Strafe nicht gebunden, darf aber das gesetzliche Höchstmass der Strafart nicht überschreiten.

Der Erlass durch Begnadigung steht der Verbüsung gleich.

2. Eine Bestrafung im Auslande begründet Rückfall, wenn sie wegen einer strafbaren Handlung erfolgt ist, für die nach schweizerischem Rechte die Auslieferung bewilligt werden könnte.

C. Die Revision vom 13. Dezember 2002

1. Der Vorentwurf von Hans Schultz (1987)

Art. 46 – Grundsatz

¹ Der Richter bemisst die Strafe nach dem Verschulden des Täters zu; er berücksichtigt die von der Schuld erfasste Schwere der Tat, die Beweggründe, das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse des Täters.

² Die vorsätzliche Schuld bemisst sich nach der Stärke des gegen die Rechtsordnung gerichteten Willens. Sie ist umso geringer, je mehr die Tat auf äussere Umstände zurückzuführen ist. Sie ist umso grösser, je umsichtiger die Tat geplant und je rücksichtsloser sie ausgeführt worden ist. Die Fahrlässigkeit bemisst sich nach dem Grad der Pflichtwidrigkeit.

³ Die Strafe darf das Mass der Tatschuld nicht übersteigen. Sie soll es unterschreiten, wenn zu erwarten ist, dass eine gelindere Strafe genügt, um den Verurteilten von weiteren Vergehen abzuhalten.

⁴ Der Richter hat die für die Bemessung der Schuld erheblichen Umstände in seinem Urteil festzuhalten.

Art. 47 – Kürzere Freiheitsstrafen

Eine ein Jahr nicht übersteigende Freiheitsstrafe darf nur verhängt werden, wenn sie unbedingt erforderlich erscheint, um den Täter von weiteren Vergehen abzuhalten.

Art. 48 – Strafmilderungsgründe

Der Richter mildert die Strafe:

wenn der Täter gehandelt hat

aus achtenswerten Beweggründen,

in schwerer Bedrängnis,

unter dem Eindruck einer schweren Drohung,

auf Veranlassung einer Person, der er Gehorsam schuldig oder von der er abhängig ist;

wenn der Täter durch das Verhalten des Verletzten ernstlich in Versuchung geführt worden ist;

wenn Zorn oder grosser Schmerz über eine ungerechte Behandlung oder Kränkung ihn hingerissen hat;

- wenn er aufrichtige Reue betätigt, namentlich den Schaden, soweit es ihm zuzumuten war, ersetzt hat;
- wenn seit der Tat verhältnismässig lange Zeit verstrichen ist und der Täter sich während dieser Zeit wohlverhalten hat;
- wenn der Täter im Alter von 18 bis 20 Jahren noch nicht die volle Einsicht in das Unrecht seiner Tat besass.

Art. 49 – Strafsätze

Findet der Richter, die Strafe sei zu mildern, so kann er:

- statt auf Freiheitsstrafe mit besonders bestimmter Mindestdauer: auf Freiheitsstrafe
- statt auf Freiheitsstrafe: auf Busse erkennen.

Art. 50 – Strafmilderung nach freiem Ermessen

Wo das Gesetz die Strafmilderung nach freiem Ermessen vorsieht, ist der Richter an die Strafart und das Strafmass, die für das Vergehen angedroht sind, nicht gebunden.

Art. 51 – Strafschärfung

1. Hat jemand durch eine oder mehrere Handlungen mehrere Freiheitsstrafen verwirkt, so verurteilt ihn der Richter zu der Strafe der schwersten Tat und erhöht deren Dauer angemessen. Er kann jedoch das höchste Mass der angedrohten Strafe nicht um mehr als die Hälfte erhöhen. Dabei ist er an das gesetzliche Höchstmass der Strafe gebunden.

Hat der Täter mehrere Bussen verwirkt, so verurteilt ihn der Richter zu der Busse, die seinem Verschulden angemessen ist. Nebenstrafen und Massnahmen können verhängt werden, auch wenn sie nur für eine oder mehrere strafbare Handlungen oder nur in einer der mehreren Strafbestimmungen vorgesehen sind.

2. Hat der Richter eine mit Freiheitsstrafe bedrohte Tat zu beurteilen, die der Täter begangen hat, bevor er wegen einer andern Tat zu einer Freiheitsstrafe verurteilt worden ist, so bestimmt der Richter die Strafe so, dass der Täter nicht schwerer bestraft wird, als wenn die mehreren strafbaren Handlungen gleichzeitig beurteilt worden wären.

Art. 52 – Anrechnung der Untersuchungshaft

Der Richter rechnet dem Verurteilten die Untersuchungshaft auf die Freiheitsstrafe, die Busse und die Gemeinnützige Arbeit an. Ein Tag Haft steht zwei Tagesätzen der Busse und sechs Stunden Gemeinnütziger Arbeit gleich.

2. Der Vorentwurf von 1993

Art. 49 – Grundsatz

¹ Der Richter misst die Strafe nach dem Verschulden des Täters zu. Er berücksichtigt die Wirkung der Strafe auf das künftige Leben des Täters.

² Das Verschulden wird nach dem Grad der Verletzung oder Gefährdung des angegriffenen Rechtsguts, der Verwerflichkeit des Angriffs, den mit der Tat verfolgten Zielen sowie danach bestimmt, wie weit es dem Täter nach den inneren und äusseren Umständen zuzumuten war, sich rechtmässig zu verhalten.

³ Der Richter kann eine geringere Strafe aussprechen, wenn die der Schuld angemessene Strafe den Täter unverhältnismässig hart treffen würde.

Art. 50 – Strafmilderungsgründe

Der Richter mildert die Strafe:

- a. wenn der Täter gehandelt hat:
 1. aus achtenswerten Beweggründen;
 2. in schwerer Bedrängnis;
 3. unter dem Eindruck einer schweren Drohung;
 4. auf Veranlassung einer Person, der er Gehorsam schuldet oder von der er abhängig ist;
- b. wenn der Täter durch das Verhalten des Verletzten ernstlich in Versuchung geführt worden ist;
- c. wenn er in einer nach den Umständen entschuldbaren heftigen Gemütsbewegung oder unter grosser seelischer Belastung gehandelt hat;
- d. wenn seine Lebensgeschichte oder fremde Herkunft dem Täter rechtmässiges Verhalten ausserordentlich erschwert hat;
- e. wenn er aufrichtige Reue betätigt;
- f. wenn das Strafbedürfnis in Anbetracht der seit der Tat verstrichenen Zeit deutlich vermindert ist;
- g. wenn das Strafverfahren unverhältnismässig lange gedauert und der Täter dazu nicht schuldhaft beigetragen hat.

Art. 50a – Strafmilderung

¹ Ist die Strafe zu mildern, so verringert sich die angedrohte Höchststrafe auf die Hälfte; eine Mindeststrafe ist aufgehoben. An die Stelle von lebenslänglicher Freiheitsstrafe tritt Freiheitsstrafe von zwanzig Jahren.

² Der Richter kann auf eine andere als die angedrohte Strafart erkennen, ist aber an das gesetzliche Höchst- und Mindestmass der Strafart gebunden.

Art. 51 – Konkurrenz

¹ Hat jemand durch eine oder mehrere Handlungen die Voraussetzungen für mehrere gleichartige Strafen erfüllt, so verurteilt ihn der Richter zu der Strafe der schwersten Tat und erhöht sie angemessen. Er kann jedoch das höchste Mass der angedrohten Strafe nicht um mehr als die Hälfte erhöhen. Dabei ist er an das gesetzliche Höchstmass der Strafort gebunden.

² Hat der Richter eine Tat zu beurteilen, die der Täter begangen hat, bevor er wegen einer andern Tat verurteilt worden ist, so bestimmt er die Zusatzstrafe in der Weise, dass der Täter nicht schwerer bestraft wird, als wenn die strafbaren Handlungen gleichzeitig beurteilt worden wären. Ist keine oder keine erhebliche Zusatzstrafe auszusprechen, so kann die zuständige Behörde das Verfahren einstellen.

³ Hat der Täter eine oder mehrere Taten vor Vollendung des 18. Altersjahres begangen, so dürfen diese bei der Bildung der Gesamtstrafe nach den Absätzen 1 und 2 nicht stärker ins Gewicht fallen, als wenn sie für sich allein beurteilt worden wären.

Art. 52 – Begründungspflicht

Die für die Bemessung der Strafe erheblichen Umstände und ihre Gewichtung sind im Urteil festzuhalten.

Art. 53 – Anrechnung der Untersuchungshaft

Die Untersuchungshaft, die der Täter während des Verfahrens ausgestanden hat, wird auf die Strafe angerechnet. Ein Tag Haft entspricht einem Tagessatz Geldstrafe oder zwei Stunden Arbeitsleistung.

3. Schweizerisches Strafgesetzbuch – Änderung vom 13. Dezember 2002**Art. 47 – 1. Grundsatz**

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

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

Art. 48 – 2. Strafmilderung, Gründe

Der Richter mildert die Strafe:

- a. wenn der Täter gehandelt hat:
 1. aus achtenswerten Beweggründen;
 2. in schwerer Bedrängnis;
 3. unter dem Eindruck einer schweren Drohung;
 4. auf Veranlassung einer Person, der er Gehorsam schuldet oder von der er abhängig ist;
- b. wenn der Täter durch das Verhalten des Verletzten ernsthaft in Versuchung geführt worden ist;
- c. der Täter in einer nach den Umständen entschuldbaren heftigen Gemütsbewegung oder unter grosser seelischer Belastung gehandelt hat;
- d. der Täter aufrichtige Reue betätigt, namentlich den Schaden, soweit es ihm zuzumuten war, ersetzt hat;
- e. das Strafbedürfnis in Anbetracht der seit der Tat verstrichenen Zeit deutlich vermindert ist und der Täter sich in dieser Zeit wohl verhalten hat.

Art. 48a – Wirkung

¹ Mildert das Gericht die Strafe, so ist es nicht an die angedrohte Mindeststrafe gebunden.

² Das Gericht kann auf eine andere als die angedrohte Strafart erkennen, ist aber an das gesetzliche Höchst- und Mindestmass der Strafart gebunden.

Art. 49 – 3. Konkurrenz

¹ Hat der Täter durch eine oder mehrere Handlungen die Voraussetzungen für mehrere gleichartige Strafen erfüllt, so verurteilt ihn das Gericht zu der Strafe der schwersten Straftat und erhöht sie angemessen. Es darf jedoch das Höchstmass der angedrohten Strafe nicht um mehr als die Hälfte erhöhen. Dabei ist es an das gesetzliche Höchstmass der Strafart gebunden.

² Hat das Gericht eine Tat zu beurteilen, die der Täter begangen hat, bevor er wegen einer andern Tat verurteilt worden ist, so bestimmt es die Zusatzstrafe in der Weise, dass der Täter nicht schwerer bestraft wird, als wenn die strafbaren Handlungen gleichzeitig beurteilt worden wären.

³ Hat der Täter eine oder mehrere Taten vor Vollendung des 18. Altersjahres begangen, so dürfen diese bei der Bildung der Gesamtstrafe nach den Absätzen 1 und 2 nicht stärker ins Gewicht fallen, als wenn sie für sich allein beurteilt worden wären.

Art. 50 – 4. Begründungspflicht

Ist ein Urteil zu begründen, so hält das Gericht in der Begründung auch die für die Zumessung der Strafe erheblichen Umstände und deren Gewichtung fest.

Art. 51 – 5. Anrechnung der Untersuchungshaft

Das Gericht rechnet die Untersuchungshaft, die der Täter während dieses oder eines anderen Verfahrens ausgestanden hat, auf die Strafe an. Ein Tag Haft entspricht 1 Tagessatz Geldstrafe oder 4 Stunden gemeinnütziger Arbeit.

sui generis ist ein Verein, der sich der Förderung des freien Zugangs zu juristischer Literatur, Gerichtsurteilen, Behördenentscheidungen und Gesetzesmaterialien verschrieben hat. Unter dem Label *sui generis* erscheint seit 2014 eine juristische Open-Access-Fachzeitschrift. 2019 erfolgte die Gründung des *sui generis* Verlags.

In der *sui generis* Reihe werden juristische Dissertationen und Habilitationen sowie Lehrbücher und Fachpublikationen einem breiten Publikum zugänglich gemacht. Die Bücher erscheinen als gedruckte Werke und online. Die digitale Version ist weltweit kostenlos zugänglich (Open Access). Die Urheberrechte verbleiben bei den AutorInnen; die Werke werden unter einer Creative-Commons-Lizenz veröffentlicht.

Bisher bei *sui generis* erschienen:

- 048 – Benjamin Clément: Die strafbare Unterlassung der allgemeinen Lebensrettungspflicht
- 047 – Luca Ruggiero: Effets non coordonnés dans le contrôle des concentrations horizontales européennes
- 046 – Miriam Lüdi: Zielkonflikt zwischen Lärmschutz und Siedlungsverdichtung
- 045 – Corina Ingold: Das Kompensationsprinzip im Schweizer Raumplanungsrecht
- 044 – Alex Attinger: Wirtschaftliche Berechtigung – Konzepte und Dogmatik
- 043 – Myriam Christ: Le profilage dans le cadre d'une procédure d'embauche entre particuliers
- 042 – Andreas Wehowsky: Expedited Procedures in International Commercial Arbitration
- 041 – Lukas Valis: Digitale Ökonomie: Erforderlichkeit sektorspezifischer ex-ante Regulierung?
- 040 – Constance Kaempfer: Les mécanismes de mise en œuvre du droit international par les cantons suisses
- 039 – Ruedi Ackermann: Der Mietvertrag mit mehreren Mietern
- 038 – Lukas Hussmann: International anwendbare Streitgenossenschaftsgerichtsstände
- 037 – Nils Reimann: Foreign Electoral Interference: Normative Implications in Light of International Law, Human Rights, and Democratic Theory
- 036 – Jeremias Fellmann: Das Verbot von extremistischen Organisationen im schweizerischen Recht

- 035 – Florent Thouvenin / Eva-Maria Messerle: Zur Geschichte des Eigengebrauchs im schweizerischen Urheberrecht – Entwicklung, Erkenntnisse, Quellen
- 034 – Nora Camenisch: Journalistische Sorgfalt: Rechtliche und medienethische Anforderungen
- 033 – Joséphine Boillat / Stéphane Werly: 20 ans de la transparence à Genève
- 032 – Nicolas Leu: Kritik der objektiven Zurechnung
- 031 – Martin Klingler: Füllung der Gesetzeslücken im schweizerischen Adhäsionsverfahren
- 030 – Christoph Mettler: Der Anscheinsbeweis im schweizerischen Zivilprozess
- 029 – Simone Walser / Nora Markwalder / Martin Killias: Tötungsdelikte in der Schweiz von 1990 bis 2014
- 028 – APARIUZ XXIII: Recht in der Krise
- 027 – Maja Łysienia: Seeking Convergence?
- 026 – Marc Thommen: Introduction to Swiss Law (2nd edition, 2022)
- 025 – Severin Meier: Indeterminacy of International Law?
- 024 – Marina Piolino: Die Staatsunabhängigkeit der Medien
- 023 – Reto Pfeiffer: Vertragliche Rechtsfolge der «Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen» (Artikel 8 UWG)
- 022 – Nicole Roth: Miteigentum an Grundstücken und einfache Gesellschaft
- 021 – Roger Plattner: Digitales Verwaltungshandeln
- 020 – Raphaël Marlétaz: L'harmonisation des lois cantonales d'aide sociale
- 019 – APARIUZ XXII: Unter Gleichen
- 018 – Kristin Hoffmann: Kooperative Raumplanung: Handlungsformen und Verfahren
- 017 – Monika Pfyffer von Altshofen: Ablehnungs- und Umsetzungsraten von Organtransplantationen
- 016 – Valentin Botteron: Le contrôle des concentrations d'entreprises
- 015 – Frédéric Erard: Le secret médical
- 014 – Stephan Bernard: Was ist Strafverteidigung?
- 013 – Emanuel Bittel: Die Rechnungsstellung im schweizerischen Obligationenrecht
- 012 – Christoph Hurni / Christian Josi / Lorenz Sieber: Das Verfahren vor dem Berner Kindes- und Erwachsenenschutzgericht
- 011 – Lorenz Raess: Court Assistance in the Taking of Evidence in International Arbitration

010 – David Henseler: Datenschutz bei drohnengestützter Daten-
bearbeitung durch Private
009 – Dominik Elser: Die privatisierte Erfüllung staatlicher Aufgaben

Die Bücher 001 – 008 sind im *Carl Grossmann Verlag* erschienen.

Dieses Werk ist erschienen in der Reihe *sui generis*,
herausgegeben von Marc Thommen.

1. Auflage 30. November 2023

© 2023 Martin Seelmann

*Abdruck der von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität
Zürich genehmigten Dissertation.*

Dieses Werk wurde unter einer Creative Commons Lizenz als Open Access
veröffentlicht, die bei Weiterverwendung nur die Nennung des Urhebers
erfordert (CC BY 4.0 – <https://creativecommons.org/licenses/by/4.0>).



Publiziert mit Unterstützung des Schweizerischen Nationalfonds zur
Förderung der wissenschaftlichen Forschung.

ISBN: 978-3-907297-49-0

DOI: 10.38107/049

Korrektorat: Christoph Meyer

Gestaltung: Müller+Hess, Basel

Druck: Ebner & Spiegel, Ulm

www.suigeneris-verlag.ch

STRAFZUMI DOPPELVER

Bereits lange vor Inkrafttreten des Schweizerischen Strafgesetzbuchs mit seinen Bestimmungen zur Strafzumessung wurde die Bemessung der konkreten Strafe im Einzelfall als die schwierigste und anspruchsvollste, jedoch auch als die wichtigste Aufgabe des Gerichts angesehen.

Die vorliegende Abhandlung setzt sich zum Ziel, anhand einer Untersuchung der Strafzumessung im Allgemeinen sowie des Doppelverwertungsverbots im Besonderen «einen Wegweiser zu einer überprüfbareren Strafzumessung» zu entwerfen. Im ersten Teil wird das Strafzumessungsrecht der Schweiz in seinen historischen, dogmatischen und praktischen Dimensionen aufgearbeitet und zu einem Prüfprogramm verdichtet. Im zweiten Teil wird sodann das Doppelverwertungsverbot thematisiert, analysiert und in das im ersten Teil erarbeitete Konzept der Strafzumessung eingearbeitet.