

Bernhard Rüdy\*

## **Der neue AT / StGB aus der Sicht der Strafverteidigung (Ernst und weniger ernst gemeinte Hinweise und Anregungen)<sup>1</sup>**

**Stichworte:** Verteidigung, Freiheitsstrafe, Geldstrafe, Busse, bedingte Sanktionen, Versuch

### **1. Einschränkung der Täterschaft**

Beim neuen AT/StGB fällt vorerst auf, dass es nur «Täter» gibt, keine Täterinnen. Es findet sich nicht einmal ein politisch korrekter Hinweis, Täterinnen seien mitgemeint. Gesetzgebungsrichtlinien und Untätigkeit von Gleichstellungsbüros hin oder her: Solche Formulierungen sind heute nicht mehr tolerabel. Oder sollen wir den Umkehrschluss ziehen, weil jeder Hinweis auf die weibliche Form fehlt (allenfalls aus Rationalisierungsgründen, da deren Anteil an der Kriminalität ohnehin viel kleiner ist), habe die Strafjustiz Täterinnen inskünftig ausnehmen wollen?

### **2. Erfordernis einer Verteidigung**

Der neue AT/StGB weist zahlreiche Entscheide «dem Gericht» zu, Entscheide, die früher mehrheitlich den Verwaltungsbehörden oblagen.<sup>2</sup> Oft handelt es sich um gewichtige Entscheide: Etwa die Umwandlung von Geldstrafen in Freiheitsstrafen oder die Herabsetzung des Tagessatzes bei der Geldstrafe. Die Folgen können so einschneidend sein (etwa Umwandlung einer maximalen Geldstrafe in Freiheitsstrafe), dass viel häufiger notwendige Verteidigung Platz greifen muss. Das gilt besonders in einer längeren Übergangsphase vom alten zum neuen Recht. Es besteht grosse Rechtsunsicherheit, und Gerichte lassen selber verlauten, sie kämen da noch nicht draus. Verteidigungen sind daher zweifellos öfters erforderlich als unter dem alten, eingespielten Sanktionensystem. Nichtwissen der Gerichte sollte nicht zu Ungunsten von Angeschuldigten mit Nichtkönnen der Verteidigung zusammentreffen.

---

\* lic. iur. Bernhard Rüdy, Rechtsanwalt in Zürich

<sup>1</sup> Umgearbeiteter Text von einem Vortrag für die Stiftung Juristische Weiterbildung Zürich vom 3.11.2006

<sup>2</sup> Vgl. ESTHER OMLIN, Strafgesetzbuch, Revision des Allgemeinen Teils, Basel 2006, S. 26 ff.

### 3. Herabsetzung auf 18/24 Monate

Das Bundesgericht hatte erstmals im Jahre 1992 entschieden, die Grenze von 18 Monaten für die Gewährung des bedingten Strafvollzuges sei bei der Strafzumessung mit zu berücksichtigen, wenn eine Freiheitsstrafe von nicht erheblich längerer Dauer in Betracht fällt und die Voraussetzungen des bedingten Vollzugs im Übrigen erfüllt seien (BGE 118 IV 337 sowie BGE 118 IV 342). Später hat das Bundesgericht die Rechtsprechung präzisiert, die Strafe müsse immer noch schuldangemessen sein, Aspekte der Generalprävention dürften aber nicht überwiegen. Sanktionen, die den Verurteilten aus einer günstigen Entwicklung herausreissen, seien nach Möglichkeit zu vermeiden, berufliche und private Integration habe Vorrang. Präzisiert hat es auch, was unter einer nicht erheblich längeren Dauer zu verstehen sei und dass die Rechtsprechung auch auf Zusatzstrafen anwendbar sei. Bei einer an sich angemessenen Strafe von 21 Monaten sei die Strafe auf 18 herabzusetzen, um den bedingten Vollzug zu ermöglichen, bei 22 Monaten aber nicht mehr.<sup>3</sup>

Der Verteidigung wird sich die Frage stellen, nachdem neu bedingte Freiheitsstrafen bis zu 24 Monaten möglich sind, ab welcher an sich angemessenen Strafe auf 24 Monate herabzusetzen sei. Die Grenze ist nicht so zu ziehen, dass weiterhin bei nur 3 Monaten mehr auf 24 Monate herabzusetzen ist, bei 4 Monaten mehr aber nicht. Richtig dürfte eine prozentuale Anpassung sein, denn was erheblich oder nicht erheblich länger ist, bedeutet eine Relation zur absoluten Grösse der 18 bzw. neu der 24 Monate. Das Bundesgericht befürwortete bisher bei 17 % höherer Strafe die Herabsetzung, bei einer 22 % höheren Strafe aber nicht mehr. Mathematisch bedeutet das inskünftig eine Herabsetzung auf 24 Monate bei einer (an sich angemessenen) 4 - 5 Monate höheren Strafe. Zu denken ist aber auch an eine Herabsetzung bei einer 30-monatigen (an sich angemessenen) Strafe. Das drängt sich schon deshalb auf, weil die richterliche Strafzumessung bei Strafen von zwei Jahren und mehr, zu oft wenig wissenschaftlich und kaum begründet runde Zahlen bevorzugt. So wird man kaum je eine Strafe von 29 Monaten antreffen. Ebenso wenig lesen wir in Urteilen Auseinandersetzungen zur Frage, ob und warum genau 28, 29 oder 30 Monate angemessen sind. Mein Vorschlag ist daher, eine Herabsetzung bei einer (an sich angemessenen) Strafe von bis zu 30 Monaten zu erlauben. Das sollte mit einem psychologisch möglichst guten Fall bis ans oberste Gericht ausgelotet werden.

---

<sup>3</sup> BGE 121 IV 97 und BGE 127 IV 97; vgl. ferner Urteile des Kassationshofs in Strafsachen 6 S. 124/2003 vom 9. September 2003 sowie 6 S. 2/2005 vom 7. Juli 2005

Analoges muss für den Grenzbereich von unbedingten Freiheitsstrafen zu teilbedingten Strafen gelten. Die Interessenlage ist nämlich ähnlich. Bei der Kombination von Warnstrafe und Bewährungsdruck steht der integrative Charakter im Vordergrund.<sup>4</sup> Um den Teilbedingten zu ermöglichen, müsste eine Freiheitsstrafe auf 36 Monate herabgesetzt werden, auch wenn (an sich schuldangemessen) eine solche von 44 Monaten in Frage käme.

#### **4. Busse als Denkzettel**

Alles Bedingte kann mit einer unbedingten Geldstrafe oder mit Busse verbunden werden (nStGB 42 Abs. 4). Das ist an sich systemwidrig.<sup>5</sup> Hintergrund ist, dass geltend gemacht wurde, nur bedingte Strafen entfalten keine individual- und generalpräventive Wirkung. Staatsanwaltschaften wollen diese Kann-Bestimmung offenbar so handhaben, dass grundsätzlich immer auch eine Busse ausgesprochen wird. Das mag gut sein für die Staatskasse, liegt aber nicht im Sinne der Erfinder. Besser wäre wohl gewesen, den Rahmen für teilbedingte Geldstrafen zu erweitern.

Reine Vergeltung und Abschreckung entsprechen nicht dem Grundgedanken der Gesetzrevision. Es dürfte daher schwierig zu begründen sein, einfach quasi als Zugabe immer auch eine unbedingte finanzielle Sanktion auszusprechen. Die Strafverteidigung wird darauf zu achten haben, dass diese Kann-Bestimmung nicht zur grundsätzlichen Geldmaschine verkommt.

#### **5. Besonders günstige Umstände**

Wer 5 Jahre vor der neuen Tat eine bedingte oder unbedingte Strafe von einigem Gewicht (vgl. nStGB 42 Abs. 2) erwirkt hatte, erhält Strafaufschub nur dann nochmals, wenn besonders günstige Umstände vorliegen. Der Grundsatz des Aufschubes wird also umgekehrt.

Hier ist die Phantasie der Verteidigung besonders gefragt. Es gibt ja sowieso nur noch die hoch gelobte Einzelfall-Gerechtigkeit. Weshalb sollte es der Verteidigung nicht gelingen, fast in jedem Fall besonders günstige Umstände geltend zu machen? Bis der Tatbestand der Begünstigung solchem Vorbringen Einhalt gebietet, braucht es ausserordentlich viel!

---

<sup>4</sup> GEORGES GREINER, Bedingte und teilbedingte Strafen, Strafzumessung, in: FELIX BÄNZIGER/ANNEMARIE HUBSCHMID/JÜRGEN SOLLBERGER, Zur Revision des Allgemeinen Teils des Schweizerischen Strafrechts und zum neuen materiellen Jugendstrafrecht, S. 106 ff; GÜNTER STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht AT II, 2. Auflage 2006, S. 144

<sup>5</sup> STRATENWERTH, aaO, S. 146

## 6. Geldstrafe

Die altrechtliche finanzielle Sanktion, die Busse, war immer unbedingt; sie gab, abgesehen von wenig vertieften Diskussionen über die Höhe, wenig zu reden.

Zweck der neurechtlichen, grundsätzlich bedingt auszusprechenden Geldstrafe, ist zu einem wesentlichen Teil der Ersatz kurzer Freiheitsstrafen.<sup>6</sup> Die Bemessung der Geldstrafe geschieht ganz anders als bisher. Sie erfolgt nach Tagessätzen, wobei ein Tagessatz der Finanzkraft von Verurteilten entspricht und die Anzahl Tage dem Verschulden. Das bedeutet, dass auch die Verteidigung die finanziellen Verhältnisse von Angeschuldigten vertiefter abzuklären hat. Das ist Verteidigungs-, nicht Sozialarbeit. Ein paar Hinweise: Einkommen und Vermögen des Ehegatten weglassen. Eigenmietwerte begründen keine Finanzkraft. Folgen von Liquiditätsproblemen aufzeigen. Soll bestraft werden, wer sich dank Konsumverzicht in der Vergangenheit etwas auf die Seite legen konnte? Würde die Gründung einer Familie erschwert? Zukünftige Verminderung des Einkommens aufzeigen.<sup>7</sup> Dass die Geldstrafe grundsätzlich bedingt auszusprechen ist, entbindet nicht von diesen Abklärungen, ebenso wenig Strafen im sogenannten Massengeschäft.<sup>8</sup> Die Verteidigung wird darauf achten müssen, dass Staatsanwaltschaften und Gerichte nicht (was gesetzeswidrig wäre) fixe minimale Tagessätze definieren.

Eine Umwandlung der Geldstrafe in Freiheitsstrafe erfolgt, wenn die Geldstrafe «schuldhaft» nicht bezahlt wird.<sup>9</sup> Ein Tagessatz entspricht fix einem Tag Freiheitsstrafe. Da aber weniger das «schuldlose Ausserstandesein» von Verurteilten im Mittelpunkt steht als die erhebliche Verschlechterung der für die Berechnung des Tagessatzes massgebenden Verhältnisse<sup>10</sup>, bietet sich der Verteidigung immer die Möglichkeit, vor einem drohenden Umwandlungsverfahren eine Herabsetzung des Tagessatzes anzustreben (nStGB 36 Abs. 3).

---

<sup>6</sup> RENATE BINGGELI, Die Geldstrafe, in: BÄNZIGER/HUBSCHMID/SOLLBERGER, aaO, S. 58/59 und 75

<sup>7</sup> Martin Killias meint sogar spitz, die Verarmung sei auf das Urteil hin einplanbar. MARTIN KILLIAS, Eine unlösbare Aufgabe: Die korrekte Bemessung der Geldstrafe im Gerichtssaal, in: BRIGITTE TAG/MAX HAURI, Die Revision des Strafgesetzbuches Allgemeiner Teil, Zürich 2006, S. 108; Zu den Bemessungsfaktoren: SANDRO CIMICHELLA, Die Geldstrafe im Schweizer Strafrecht, Diss. Zürich 2006, S. 263 ff.

<sup>8</sup> CIMICHELLA, aaO, S. 255

<sup>9</sup> Es gilt der gleiche Massstab wie nach altem Recht: STRATENWERTH, aaO, S. 75/76

<sup>10</sup> CIMICHELLA, aaO, S. 232/233

## 7. Bussen und Umwandlung

Fällt der Richter Bussen aus, muss er zugleich den Umwandlungssatz bestimmen (nStGB 106). Der Richter bemisst auch eine Ersatz-Freiheitsstrafe, wenn von Verwaltungsbehörden ausgesprochene Bussen nicht bezahlt werden. Obschon für Bussen ein Geldsummen-Prinzip angewendet wird, sollte sich die Umwandlung ebenfalls am Tagessatz orientieren und nicht an einem fixen Betrag (etwa CHF 100 Busse = 1 Tag Ersatzfreiheitsstrafe). Die Verteidigung kann in diesem Zusammenhang ebenfalls eingreifen und beispielsweise auf einen hohen Umwandlungssatz drängen, damit nur eine kurze Ersatzfreiheitsstrafe rauskommt. Der Klientschaft wäre in jedem Falle zu empfehlen, zu einem allfälligen Strafantritt das (geliehene?) Bussgeld mitzunehmen, um den Freiheitsentzug im letzten Moment zu vermeiden. Wer Betroffenen das entsprechende Bussgeld leiht oder schenkt, ist kein Begünstiger.<sup>11</sup>

## 8. Bedingte Sanktionen

Stratenwerth meint, Geldstrafen und gemeinnützige Arbeit bedingt auszusprechen, lasse jede Eindruckskraft missen.<sup>12</sup> Andere Autoren sehen das allerdings nicht so und halten es für richtig, dass die Strafen grundsätzlich bedingt auszusprechen sind.<sup>13</sup> Aufgabe der Verteidigung ist hier, das Gericht zu überzeugen, dass die bedingte Aussprechung einer Strafe ausreicht, um die betreffende Person von weiteren Straftaten abzuhalten. Natürlich haben Skeptiker schon längst den süffigen Spruch zum Besten gegeben: «Wollen Sie lieber nicht bezahlen oder lieber nicht arbeiten?» Genial wirkt die Verteidigung, wenn es ihr gelingt, das Gericht davon zu überzeugen, dass das, was der Klientschaft am wenigsten weh tut, genau das ist, was sie am ehesten von der Begehung weiterer Delikte abhält.

Eine Strafe ist nur dann unbedingt auszusprechen, wenn es «notwendig» ist (nStGB 42 Abs. 1). Da ist Rhetorik gefragt. Die Verteidigung hat das Täterprofil abzuklären, auch bei Geldstrafen<sup>14</sup>, und wird begründen, weshalb die unbedingte Strafe mehr Schaden als Nutzen würde.

---

<sup>11</sup> DELNON/RÜDY, BSK, StGB II, Art. 305 N 20; CIMICHELLA, aaO, S. 258 - 261

<sup>12</sup> aaO, S. 143

<sup>13</sup> JÜRIG SOLLBERGER, Die neuen Strafen des Strafgesetzbuches in der Übersicht, in: BÄNZIGER/HUBSCHMID/SOLLBERGER, aaO, S 53; CIMICHELLA, aaO, S. 213 mit Hinweisen

<sup>14</sup> CIMICHELLA, aaO, S. 49

Ein besonderes Problem stellt sich bei der Umwandlung bedingt ausgesprochener gemeinnütziger Arbeit (nStGB 39). Umgewandelt werden kann, wenn die gemeinnützige Arbeit trotz Mahnung nicht entsprechend dem Urteil oder den von der zuständigen Behörde festgelegten Bedingungen und Auflagen geleistet wird. Können Bedingungen und Auflagen einer Verwaltungsbehörde richterlich überprüft werden? Meines Erachtens muss dies möglich sein. Beispielsweise der Einwand, es seien schikanöse Auflagen gemacht worden, muss das Gericht überprüfen können. Genau so wie bei der falschen Anschuldigung ein Freispruch überprüft werden soll<sup>15</sup>, muss bei Anordnungen durch Verwaltungsbehörden noch eher gelten, dass sie einer richterlichen Überprüfung zugänglich sind. So ist wohl nStGB 95 zu interpretieren.<sup>16</sup>

## 9. Teilbedingte Sanktionen

Teilbedingte Strafen sind die Ausnahme von der Regel des Aufschubs<sup>17</sup>. Die Verteidigung hat darauf zu achten, dass nicht Staatsanwaltschaften leichthin zu hohe Strafen beantragen, nur um teilbedingte Sanktionen zu ermöglichen. Da bei Nichtbewährung die Strafe als Ganze zu vollziehen ist, muss sie auch als Ganze dem Verschulden des Täters entsprechen<sup>18</sup>, und beide Bereiche sind zu begründen (nStGB 50). Hier hat die Verteidigung dafür besorgt zu sein, dass dargelegt wird, warum welcher Teilvollzug notwendig und ausreichend ist.

Bei Nichtbewährung erfolgt ein Widerruf (nStGB 46). Der Widerruf erfolgt allerdings nur dann, wenn **wegen** neuen Delikten weitere Straftaten zu befürchten sind. Auch hier darf die Verteidigung, aus der vollen Lebenserfahrung schöpfend, darlegen, dass die erneute Entgleisung keine negative Erwartung zu begründen vermag und dass solche Legalprognosen ohnehin nur Zukunftsspekulationen seien.

## 10. Strafmilderung nach freiem Ermessen

nStGB 48a kennt keine bestimmte Formel und eröffnet eine grosse Ermessenfreiheit für das Gericht. Dies entspricht auch einem grösseren Argumentationsbereich für die Verteidigung. Killias klagt, für die Strafzumessung gebe es kaum Richtlinien, der Richter sei weitgehend al-

---

<sup>15</sup> Eine Mehrheit der Lehre ist für die Überprüfung, das Bundesgericht dagegen; vgl. Delnon/Rüdy, aaO, Art. 303 N 11

<sup>16</sup> Vgl. OMLIN, aaO, S. 27/28

<sup>17</sup> STRATENWERTH, aaO, S. 144. Entgegen der Meinung Stratenwerths entwickeln solche Strafen eine genügende generalpräventive Wirkung.

<sup>18</sup> STRATENWERTH, aaO, S. 145

lein.<sup>19</sup> Da spielt doch die Verteidigung gerne einmal den Part eines Gehilfen des Richters. Grace Schild Trappe bezeichnet diesen Ermessensspielraum des Gerichts als Spielraum.<sup>20</sup> Der Verteidigung kann da einfach empfohlen werden, würdig mitzuspielen.

## 11. Unverständige Versuche

Das neue Recht unterscheidet nicht mehr zwischen unvollendetem, vollendetem und untauglichem Versuch. Allerdings ist das Stadium, in dem sich der Versuch befunden hat, bei der Strafzumessung nach wie vor von Bedeutung.<sup>21</sup> Gemäss nStGB kann das Gericht die Strafe für jede Versuchsart mildern (nStGB 22 Abs. 1); dasselbe gilt bei Rücktritt und tätiger Reue (nStGB 23). Die Lehre ist sich einig, dass diese fakultative Strafmilderung eigentlich eine obligatorische ist, entsprechend bisheriger Praxis<sup>22</sup>, also eine von mehreren Kann-Vorschriften, die gar keine solche ist.

Der untaugliche Versuch ist in nStGB 22 Abs. 2 geregelt. Demnach bleibt straflos, wer aus grobem Unverstand verkennt, dass die Tat nach der Art des Gegenstandes oder des Mittels an oder mit dem sie ausgeführt wird, überhaupt nicht zur Vollendung gelangen kann. Leider fehlt eine Legaldefinition dieses «groben Unverstandes»; wir hätten uns sicher köstlich darüber amüsiert. Die sprichwörtliche sträfliche Dummheit wird hier zur nicht sträflichen Dummheit. Ohne Klientenverrat zu begehen, eröffnet sich der Verteidigung hier ein breites Feld der Argumentation, weshalb es sich eben um einen solch völlig unbedarften Täter handelt. Vermutlich werden wir bald nur noch geistig behinderte Versuchstäter kennen.

## 12. Rückzug des Strafantrags

Art. 33 Abs. 4 nStGB eröffnet für rechthaberische und unterbeschäftigte Verteidigerinnen und Verteidiger ein neues Feld der Betätigung. Erhebt ein Beschuldigter gegen den Rückzug des Strafantrages Einspruch, so gilt der Rückzug für ihn nicht. Eingedenk des Umstandes, dass bei Gott und den Gerichten nichts unmöglich ist, tut die Verteidigung wohl gut daran, es nicht darauf ankommen zu lassen. Sollte es nämlich bei einer solchen Konstellation bei einem Antrags-

---

<sup>19</sup> aaO, S. 114

<sup>20</sup> Allerlei zum neuen allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches, in: BÄNZIGER/HUBSCHMID/SOLLBERGER, aaO, S. 16

<sup>21</sup> ANDREAS DONATSCH/BRIGITTE TAG, Strafrecht I, 8. Auflage 2006, S. 136 - 139

<sup>22</sup> DONATSCH/TAG, aaO, S. 138, 139, 141

delikt trotz Rückzug des Antrages zu einer Verurteilung kommen, müsste sich der Einsprecher wohl groben Unverstand vorhalten lassen.

### **13. Zustimmung und Widerruf**

Ein neues Betätigungsfeld für die Verteidigung eröffnet sich auch gemäss nStGB 55a: Sind Partner von bestimmten Straftaten betroffen, kann das Verfahren eingestellt werden, wenn das Opfer der provisorischen Einstellung zustimmt. Auch hier wird die Verteidigung alles tun, um eine solche Zustimmung zu erwirken. Und danach hat sie das Opfer noch 6 Monate lang bei Laune zu halten, damit es ja nicht widerruft (nStGB 55a Abs. 2).

### **14. Zumutungen**

Der entschuldbare Notstand ist in nStGB 18 so geregelt, dass eine Strafmilderung eintritt, wenn dem Opfer, das hier zugleich Täter ist, zuzumuten war, das gefährdete Gut aufzugeben. Nicht schuldhaft handelt das Täter-Opfer, wenn ihm nicht zuzumuten war, das gefährdete Gut preiszugeben. Wir lieben ja unbestimmte Rechtsbegriffe. Der Begriff der Zumutbarkeit, etwa im Rahmen der Versetzung und Zuweisung von anderer Arbeit im öffentlichen und privaten Arbeitsrecht, ist deutlich enger als das, was den Versicherten im Sozialversicherungsrecht zugemutet werden darf. Natürlich gilt es, unterschiedliche Rechtsgüter gegeneinander abzuwägen. Berücksichtigen wir die immer mehr strapazierte soziale Funktion des Eigentums, wird der Durchschnittsbürger wohl Güter preisgeben müssen, die ein Clochard bis zum Letzten verteidigen dürfte. Der Verteidigung eröffnet sich auch hier ein argumentatives Tummelfeld zum Nachweis, was, wann und warum zuzumuten war oder eben nicht.

### **Schlussbemerkung**

Es wird auszuloten sein, in welchem Ausmasse diese – und weitere – neuen Betätigungsfelder der Verteidigung vom Staat im Rahmen von Officialmandaten entschädigt werden.