

Hans Mathys

A thick red horizontal line with a diagonal hatching pattern, spanning the width of the page.

LEITFADEN STRAFZUMESSUNG

Helbing Lichtenhahn Verlag

Hans Mathys

LEITFADEN STRAFZUMESSUNG

Helbing Lichtenhahn Verlag

Zitiervorschlag:

Mathys, Leitfaden Strafzumessung, N...

Bibliographische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

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

ISBN 978-3-7190-3700-0

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

Inhaltsübersicht

Literaturverzeichnis	XIII
Abkürzungsverzeichnis	XV
Einleitung	1
I. Teil: Strafzumessung als Teil der Urteilsfindung	5
§ 1 Urteilsfindung im Allgemeinen	5
§ 2 Strafzumessung im Besonderen	11
§ 3 Zur Urteilsredaktion im Allgemeinen	17
§ 4 Zur Redaktion der Strafzumessung	23
II. Teil: Tatbezogene Strafzumessungskriterien – Tatkomponenten	25
§ 5 Bewertung des Verschuldens (des Hauptdelikts) – Tatverschulden	25
§ 6 Bewertung des Verschuldens allfälliger Nebendelikte	89
§ 7 Hypothetische tatbezogene Strafe für das Hauptdelikt	90
§ 8 Hypothetische tatbezogene Strafe allfälliger Nebendelikte	99
III. Teil: Täterbezogene Strafzumessungskriterien – Täterkomponenten	101
§ 9 Straferhöhungsgründe	102
§ 10 Strafminderungsgründe	109
IV. Teil: Festsetzung der Strafe	133
§ 11 Festsetzung der Strafe für das einzelne Delikt	134
§ 12 Festsetzung der Strafe bei mehreren Delikten	156
V. Teil: Besondere Fragen	185
§ 13 Grenzbereich bedingter Strafvollzug und Halbgefangenschaft	185
§ 14 Gleichbehandlung von Mittätern	186
§ 15 Dauerdelikt	188
§ 16 Vergleich mit anderen Urteilen	189
§ 17 Anrechnung der Untersuchungshaft (Art. 51 StGB)	191
Anhang: Bearbeitungsschema/Checkliste	195
Stichwortverzeichnis	207

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis	XIII
Abkürzungsverzeichnis	XV
Einleitung	1
I. Teil: Strafzumessung als Teil der Urteilsfindung	
§ 1 Urteilsfindung im Allgemeinen	5
I. Grundsätzliches	5
II. Ablauf der Urteilsfindung	6
1. Erste Erkenntnisse und Ermittlung der relevanten Strafbestimmungen	6
2. Ermittlung des Sachverhalts	7
3. Suche nach den Beweismitteln	7
4. Würdigung der Beweismittel und Würdigung des Beweises	8
5. Rechtliche Würdigung des bewiesenen Sachverhalts	9
6. Zusammenfassung	9
§ 2 Strafzumessung im Besonderen	11
I. Schuldspruch als Ausgangspunkt der Strafzumessung	11
II. Eruierung und Beweis der relevanten Strafzumessungselemente	12
III. Einordnung in Tat- und Täterkomponenten	14
IV. Unbefriedigende gesetzliche Regelung und Terminologie	15
V. Vorgehen bei der Strafzumessung	17
§ 3 Zur Urteilsredaktion im Allgemeinen	17
I. Zweck und Inhalt der schriftlichen Urteilsbegründung	17
II. Struktur der schriftlichen Urteilsbegründung	19
III. Umfang des schriftlichen Urteils	20
IV. Sprache	21
§ 4 Zur Redaktion der Strafzumessung	23
II. Teil: Tatbezogene Strafzumessungskriterien – Tatkomponenten	
§ 5 Bewertung des Verschuldens (des Hauptdelikts) – Tatverschulden	25
I. Vorbemerkungen	25

II.	Objektive Tatschwere und ihre Bewertung als Ausgangspunkt	28
1.	Allgemeines	28
2.	Art und Weise des Tatvorgehens	32
3.	Ausmass der Verletzung und der Gefährdung des Rechtsgutes	35
a)	Ausmass der Verletzung im Allgemeinen	35
b)	Ausmass der Gefährdung im Allgemeinen	36
c)	Folgen der Tat für den Geschädigten	37
d)	Grösse des Schadens	38
e)	Deliktsbetrag	38
f)	Betäubungsmitteldelikte im Besonderen	39
g)	Strassenverkehrsdelikte im Besonderen	41
h)	Besonderheit beim versuchten Delikt	42
4.	Zum Fahrlässigkeitsdelikt im Besonderen	45
5.	Besonderheit bei mehreren Tätern	46
6.	Weitere Elemente	47
III.	Subjektive Tatschwere und ihre Bewertung (im Allgemeinen)	48
1.	Grundsätzliches	48
2.	Beweggründe	48
3.	Kriminelle Energie	50
4.	Weitere Kriterien	51
IV.	Verschuldenserhöhungsgründe	52
1.	Verwerflicher Beweggrund	52
2.	Weitere Verschuldenserhöhungsgründe	53
V.	Verschuldensminderungsgründe	54
1.	Tatbegehung durch Unterlassung (Art. 11 Abs. 4 StGB) (Milderungsgrund)	54
2.	Verminderte Schuldfähigkeit (Art. 19 Abs. 2 StGB) (Milderungsgrund)	56
3.	Irrtum über die Rechtswidrigkeit (Art. 21 StGB) (Milderungsgrund)	59
4.	Unvollendeter Versuch/Rücktritt (Art. 22 Abs. 1 StGB) (Milderungsgrund)	60
5.	Gehilfenschaft (Art. 25 StGB) (Milderungsgrund)	64
6.	Teilnahme am Sonderdelikt (Art. 26 StGB) (Milderungsgrund)	66
7.	Notwehrexzess (Art. 16 Abs. 1 StGB) (Milderungsgrund)	67
8.	Notstandsexzess (Art. 18 Abs. 1 StGB) (Milderungsgrund)	69
9.	Achtenswerter Beweggrund (Art. 48 lit. a Ziff. 1 StGB) (Milderungsgrund)	71
10.	Schwere Bedrängnis (Art. 48 lit. a Ziff. 2 StGB) (Milderungsgrund)	72
11.	Schwere Drohung (Art. 48 lit. a Ziff. 3 StGB) (Milderungsgrund)	74

12. Handeln auf Veranlassung (Art. 48 lit. a Ziff. 4 StGB) (Milderungsgrund)	75
13. Ernsthafte Versuchung (Art. 48 lit. b StGB) (Milderungsgrund)	76
14. Entschuldigbare heftige Gemütsbewegung/grosse seelische Belastung (Art. 48 lit. c StGB) (Milderungsgrund)	77
15. Eventualvorsatz	80
16. Unbewusste Fahrlässigkeit	81
17. Mitwirkung von V-Leuten (Verbindungspersonen/Vertrauenspersonen)	83
18. Kulturkonflikt	84
19. Alkohol/Drogen	85
20. Alter	86
21. Psychische Störungen	87
22. Weitere Gründe	87
VI. Gesamtwürdigung des Verschuldens	88
§ 6 Bewertung des Verschuldens allfälliger Nebendelikte	89
§ 7 Hypothetische tatbezogene Strafe für das Hauptdelikt	90
I. Hypothetische verschuldensangemessene Strafe	90
II. Berücksichtigung eines allfälligen vollendeten oder untauglichen Versuchs	95
§ 8 Hypothetische tatbezogene Strafe allfälliger Nebendelikte	99
 III. Teil: Täterbezogene Strafzumessungskriterien – Täterkomponenten	
§ 9 Straferhöhungsgründe	102
I. Fehlende Einsicht und Reue	102
II. Vorstrafe	104
III. Delinquenz während laufender Probezeit und Strafuntersuchung	108
IV. Weitere Gründe	109
§ 10 Strafminderungsgründe	109
I. Aufrichtige Reue (Art. 48 lit. d StGB) (Strafmilderungsgrund)	109
II. Zeitablauf mit Wohlverhalten (Art. 48 lit. e StGB) (Strafmilderungsgrund)	111
III. Betroffenheit durch die Tat (Art. 54 StGB) (Strafmilderungsgrund)	113
IV. Wirkung der Strafe auf das Leben des Beschuldigten (Art. 47 Abs. 1 StGB)	115
V. Geständnis	117
VI. Kooperation	119
VII. Verletzung des Beschleunigungsgebotes (Strafmilderungsgrund)	119

VIII. Ausserstrafrechtliche Sanktionen	127
IX. Schwierige Jugend	128
X. Vorverurteilung durch Medien	129
XI. Vorstrafenlosigkeit/guter Leumund?	130
XII. Wohlverhalten seit der Tat?	130
XIII. Weitere Gründe	131

IV. Teil: Festsetzung der Strafe

§ 11 Festsetzung der Strafe für das einzelne Delikt	134
I. Allgemeines	134
II. Strafarten	138
1. Freiheitsstrafe (Art. 40 und 41 StGB)	138
2. Geldstrafe (Art. 34 StGB)	140
3. Gemeinnützige Arbeit (Art. 37 StGB)	148
4. Busse (Art. 106 StGB)	151
III. Wahl der Strafart	153
§ 12 Festsetzung der Strafe bei mehreren Delikten	156
I. Gesamtstrafe (Art. 49 Abs. 1 StGB)	156
II. Zusatzstrafe (ganz oder teilweise) (Art. 49 Abs. 2 StGB)	165
1. Vorbemerkungen	165
2. Strafzumessung bei vollkommen retrospektiver Konkurrenz	166
3. Strafzumessung bei teilweise retrospektiver Konkurrenz	172
III. Kumulative Strafen	177
IV. Besonderheiten der Serieldelikte	177

V. Teil: Besondere Fragen

§ 13 Grenzbereich bedingter Strafvollzug und Halbgefangenschaft	185
§ 14 Gleichbehandlung von Mittätern	186
§ 15 Dauerdelikt	188
§ 16 Vergleich mit anderen Urteilen	189
§ 17 Anrechnung der Untersuchungshaft (Art. 51 StGB)	191

Anhang: Bearbeitungsschema/Checkliste

A. Bewertung des Verschuldens (des Hauptdelikts) (N 54 ff.)	195
B. Bewertung des Verschuldens allfälliger Nebendelikte (N 203 ff.)	199
C. Hypothetische tatbezogene Strafe für das Hauptdelikt (N 209 ff.)	200
D. Hypothetische tatbezogene Strafe allfälliger Nebendelikte (N 225 ff.)	201

E. Straferhöhungsgründe (N 231 ff.)	201
F. Strafminderungsgründe (N 245 ff.)	201
G. Festsetzung der Strafe für das einzelne Delikt (N 304 ff.)	202
H. Festsetzung der Strafe bei mehreren Delikten (N 356 ff.)	202
I. Besondere Fragen (N 417 ff.)	204
Stichwortverzeichnis	207

Einleitung

Entgegen einer häufig anzutreffenden Meinung ist die Strafzumessung ein durchaus rationaler Vorgang¹. Es geht darum, anhand nachvollziehbarer Kriterien das Unrecht einer Tat zu bewerten und die dafür angemessene Strafe zu finden. Das Gericht hat aufzuzeigen, von welchen Merkmalen es sich leiten lässt, wie es sie bewertet und wie sie einzeln und in der Gesamtheit die Höhe der Sanktion beeinflussen. Wenn dem Richter und der Richterin bei der Festlegung der Strafe ein grosses Ermessen zugestanden wird, heisst dies nicht, dass es Bereiche gibt, die nicht begründet werden müssten. Es besagt einzig, dass das Gericht dort keinen formellen Regeln unterworfen ist, wo solche naturgemäss nicht möglich oder nicht sinnvoll sind. Ermessen auszuüben bedeutet, etwas zu entscheiden, das mit guten Gründen auch anders entschieden werden könnte. Wichtig ist, dass man überzeugende Argumente hat, weshalb das Urteil so und nicht anders ausfallen muss. Diese Freiheit bei der Entscheidung ist geradezu ein Merkmal richterlicher Tätigkeit. Sie gründet darauf, dass Wertungen zu treffen sind, und zwar sowohl bei der Sachverhaltsfeststellung wie auch bei der Rechtsanwendung². Die Einschätzungen können unterschiedlich ausfallen und das Ergebnis entsprechend beeinflussen. Das ist so lange unproblematisch, als sich die Wertung innerhalb einer gewissen Bandbreite bewegt und sie sich anhand objektiver Kriterien weitgehend überprüfen lässt.

Die grosse Gefahr liegt indessen nicht in der Ermessensausübung, sondern darin, dass die Entscheidungsgrundlage unvollständig ist. Urteilsbegründungen sind oft mangelhaft, weil einzelne Elemente fehlen, die für die Begründung der Strafe massgebend wären. Diesem Missstand lässt sich nur begegnen, wenn bei der Urteilsfindung systematisch vorgegangen wird. Der Entscheid ist Schritt für Schritt zu erarbeiten. Ein solches Vorgehen dient zwei Zielen: Es hilft dem Richter³, bei der Strafzumessung nichts auszulassen oder zu übersehen. Zudem macht die anschliessende Urteilsredaktion den Entscheid nachvollziehbar und (namentlich für die Rechtsmittelinstanz) überprüfbar. Gerade die fehlende Überprüfbarkeit wird vom Bundesgericht immer wieder beanstandet. Es nützt nichts, wenn in der Urteilsberatung einzelne Kriterien diskutiert und auch berücksichtigt wurden, sie im schriftlichen Urteil dann aber nicht erscheinen. Nicht genannte Elemente in den

1 Wenngleich sich «in jedem Fall ein Rest an «Irrationalität» behaupten» wird (*Stratenwerth*, AT II, S. 176, N 5).

2 Wobei Sachverhaltsfeststellung und Rechtsanwendung untrennbar zusammenhängen.

3 Personenbezeichnungen werden in diesem Buch geschlechtsneutral verwendet (ausgenommen in den Beispieltextrn).

Entscheid einfließen zu lassen, ist unzulässig. Trotzdem trifft man solches immer wieder an. Gemeint sind jene Fälle, in denen die schriftliche Urteilsbegründung nicht genügt, weil die ausgesprochene Strafe sich mit den (wenigen) angeführten Zumessungskriterien nicht rechtfertigen lässt. Damit soll nicht unterstellt werden, dass jeweils sachfremde Kriterien eingeflossen sind – wenngleich die Versuchung in einzelnen Fällen vorhanden sein mag.

- 3 Für die Festsetzung der Strafe kommt dem Verschulden eine (vor)entscheidende Bedeutung zu. Dementsprechend hat der Strafrichter dieses Verschulden zu würdigen und insbesondere zu bewerten, bevor er in einem zweiten Schritt die Umstände heranzieht, die mit der eigentlichen Tat nichts zu tun haben, sich aber dennoch auf die Höhe der Strafe auswirken. Es darf als anerkannt gelten, dass – entsprechend der gesetzlichen Vorgabe – bei der Strafzumessung zwischen Tat- und Täterkomponenten zu unterscheiden ist. Dem wird in der Praxis nicht immer nachgelebt. Dazu kommt, dass die Einordnung der Kriterien wie auch der Sprachgebrauch des Strafgesetzbuches (StGB) unkritisch übernommen werden, obschon die gesetzliche Systematik in Bezug auf die Strafzumessung zu wünschen übrig lässt. Die Begründung der Strafe erscheint im Urteil deshalb häufig unsystematisch und enthält Widersprüche und Doppelspurigkeiten. Darunter leidet die Überzeugungskraft des gerichtlichen Entscheides. Eine Schwäche der gesetzlichen Ausgestaltung der Strafzumessung (etwa Art. 16, 18, 19, 21, 25 und 48 StGB) liegt darin, dass auch dort von «Strafmilderung» und «Strafschärfung» gesprochen wird, wo es um das Verschulden geht. So zählt Art. 48 StGB einzelne Umstände auf, die verschuldensrelevant sind. Als solche können sie nur das Tatverschulden beeinflussen, nicht aber eine bereits (hypothetisch) ins Auge gefasste Strafe. Noch deutlicher zeigt sich die Problematik bei der verminderten Schuldfähigkeit. Auch in diesem Zusammenhang spricht Art. 19 Abs. 2 StGB von Strafmilderung. In der Praxis wird deshalb häufig die bei voller Schuldfähigkeit anzunehmende Strafe entsprechend dem Grad der psychischen Beeinträchtigung reduziert. Dabei wird übersehen, dass die Kriterien, die zur Verminderung der Einsichts- und/oder Handlungsfähigkeit beim Täter geführt haben, grundsätzlich bereits bei der Bewertung und Gewichtung des Verschuldens zu berücksichtigen sind. Andernfalls lässt sich dessen Umfang gar nicht einschätzen und eine sich daraus ergebende (hypothetische) Strafe nicht festlegen. In der Strafrechtspraxis werden zwar einzelne, die verminderte Schuldfähigkeit begründende Elemente (richtigerweise) im Rahmen der Verschuldenswürdigung aufgeführt. Wenn dann aber anschliessend die reduzierte Schuldfähigkeit uneingeschränkt strafmildernd angerechnet wird, führt dies zu einer unzulässigen doppelten Berücksichtigung strafrelevanter Umstände. Eine

Praxis, die auf einer nicht genügenden gesetzlichen Regelung aufbaut, läuft gleichermassen Gefahr, ungenügend zu sein⁴.

Wie bei der gesamten Urteilsfindung geht es im Rahmen der Strafzumessung 4 darum, sämtliche (einander teilweise widersprechenden) Argumente aufzulisten und sich damit auseinanderzusetzen. Ziel und Anliegen dieses Leitfadens ist, aufzuzeigen, wie diese Aufgabe im juristischen Alltag bewältigt werden kann. Dabei wird weitgehend ein praktischer Bezug angestrebt. Rein theoretische Aspekte sind dort erwähnt, wo sie sich bei der Rechtsanwendung auswirken können. Das schliesst nicht aus, auch auf wesentliche Meinungsverschiedenheiten in der Lehre einzugehen. In diesem Sinne versteht sich die vorliegende Arbeit nicht als Beitrag zum wissenschaftlichen Diskurs. Sie erhebt keinen Anspruch auf Wissenschaftlichkeit im engeren Sinne.

In erster Linie wird die bundesgerichtliche Rechtsprechung berücksichtigt⁵. Dabei 5 ist zu beachten, dass sich das Bundesgericht aufgrund seiner zurückhaltenden Überprüfung der sachrichterlichen Strafzumessung häufig zu einzelnen Kriterien nicht auslässt, sondern diese lediglich als «vertretbar», «nicht zu beanstanden», «zulässig» und dergleichen bezeichnet. Trotzdem darf auch in diesen Fällen von einer bundesgerichtlichen Rechtsprechung ausgegangen werden, die darüber Auskunft gibt, wie weit das grosse Ermessen des Sachrichters reicht.

Wenn es im Text zu Wiederholungen kommt, so ist dies beabsichtigt. Einzelne 6 Fragen können sich in unterschiedlichem Zusammenhang stellen. Bei der Fallbearbeitung ist es hilfreich, die Antwort an der entsprechenden Stelle (erneut) zu finden.

Der vorliegende Leitfaden richtet sich an alle, die mit der Strafzumessung zu tun 7 haben, sei es in der theoretischen Ausbildung oder im praktischen Alltag. Auch wenn hauptsächlich das gerichtliche Verfahren behandelt wird, sind ebenso die Vertreterinnen und Vertreter der Staatsanwaltschaft, der Verwaltung und der Advokatur angesprochen.

Das Buch eignet sich für all jene, die sich umfassend mit der Strafzumessung 8 vertraut machen wollen. Es will zudem ermöglichen, bei Bedarf ein bestimmtes Thema nachzuschlagen. Um im praktischen Alltag der Gefahr zu begegnen, etwas zu übersehen oder zu vergessen, mag das Bearbeitungsschema im Anhang hilfreich sein. Es kann als eigentliche Checkliste benutzt werden.

4 Vgl. zum Ganzen: *Mathys*, SJZ 100 (2004), S. 173 ff.

5 Bei den zitierten Urteilen, die nicht in der amtlichen Sammlung enthalten sind, handelt es sich grundsätzlich um eine Auswahl.

II. Teil: Tatbezogene Strafzumessungskriterien – Tatkomponenten

Bei der Strafzumessung geht es zunächst darum, die Straftat in ihrem Unrechtsgehalt zu bewerten. Zu entscheiden ist, wie gross der strafrechtliche Vorwurf ist, der dem Beschuldigten im Schuldpunkt gemacht wird. Dabei lassen sich verschiedene Kriterien heranziehen, die einzeln und in ihrer Gesamtheit zu beurteilen sind. Sie werden als Tatkomponenten bezeichnet, weil sie sich auf die eigentliche Tat und nicht auf den Täter beziehen. In erster Linie geht es um das (strafrechtlich) vorwerfbare Verschulden. Diesem kommt für die Höhe der Strafe eine überragende Bedeutung zu, was sich direkt aus Art. 47 Abs. 1 StGB ergibt. Daneben finden sich zusätzliche (objektive) Elemente, die ebenfalls zu den Tatumständen zählen. Zu nennen ist der vollendete und der untaugliche Versuch (Art. 22 Abs. 1 StGB). Der blosser Umstand, dass der Erfolg nicht eingetreten ist, wirkt sich – unabhängig vom Verschulden des Täters – strafreduzierend aus (vgl. N 215 ff.).

53

§ 5 Bewertung des Verschuldens (des Hauptdelikts) – Tatverschulden

I. Vorbemerkungen

Unter dem Begriff des Verschuldens ist das Mass der Vorwerfbarkeit des Rechtsbruchs zu verstehen. Er umfasst den gesamten Unrechts- und Schuldgehalt der konkreten Straftat. Gemeint ist die objektive und subjektive Tatschwere, welche die **Strafzumessungsschuld** begründet⁴³. Diese geht über die Strafbegründungsschuld hinaus, weil sie auch Faktoren berücksichtigt, die für die Beurteilung des fraglichen Straftatbestands nicht erforderlich sind. Der Begriffsinhalt richtet sich nach der Legaldefinition von Art. 47 Abs. 2 StGB:

54

«Das Verschulden bestimmt sich nach der Schwere der Verletzung oder Gefährdung des betroffenen Rechtsguts, nach der Verwerflichkeit des Handelns, den Beweggründen und Zielen des Täters sowie danach, wie weit der Täter nach den inneren und äusseren Umständen in der Lage war, die Gefährdung oder Verletzung zu vermeiden.»

43 BGE 134 IV 1 E. 5.3.3.

Es geht immer um die **Einzeltatschuld**⁴⁴, also weder um eine irgendwie geartete Gesamtschuld, in die weitere Elemente einbezogen sind, noch um eine «Charakterschuld» oder eine «Lebensführungsschuld»⁴⁵. Der Verschuldensvorwurf bezieht sich stets auf eine bestimmte Tat und damit auf eine bestimmte Rechtsgutverletzung, wie sie durch die Umschreibung des gesetzlichen Tatbestands erscheint⁴⁶. Das Vor- und Nachtatverhalten des Beschuldigten fällt jedenfalls nach heutigem Recht nicht darunter⁴⁷.

- 55 Für die Bewertung des Tatverschuldens empfiehlt sich ein systematisches Vorgehen. Ausgangspunkt ist die Einschätzung der **objektiven Tatschwere**. Dabei ist abzuklären, wie stark das strafrechtlich geschützte Rechtsgut durch das Verhalten des Beschuldigten beeinträchtigt wurde. Anschliessend stellt sich die Frage, wieweit die objektive Tatschwere dem Beschuldigten anzurechnen ist bzw. angerechnet werden kann. Weil das schweizerische Strafrecht nicht auf dem Erfolgsprinzip, sondern auf dem Schuldprinzip beruht, darf ein objektiver Umstand dem Täter nur insoweit angelastet werden, als er diesen gewollt oder in Kauf genommen bzw. als möglich vorausgesehen hat oder voraussehen musste. Nur unter diesen Bedingungen kann das Kriterium – zum Nachteil des Beschuldigten – in die Strafzumessung einbezogen werden. In diesem Sinne überlagert die objektive die subjektive Tatschwere, die zum eigentlichen (subjektiven) Tatverschulden führt. Dieses ist anhand sämtlicher wesentlicher Kriterien zu ermitteln. Dabei empfiehlt es sich, alle in Frage kommenden Verschuldenserhöhungs- und Verschuldensminderungsgründe aufzulisten und sie anschliessend einzeln sowie im Gesamtzusammenhang zu würdigen. Auf diese Weise lässt sich das Verschulden für eine bestimmte Tat abschliessend einschätzen und einstufen.
- 56 **Jedes einzelne Strafzumessungskriterium ist zu bewerten.** Für die Einschätzung des Verschuldens kommt es zunächst darauf an, ob ein bestimmtes Element verschuldenserhöhend oder verschuldensmindernd ins Gewicht fällt. Zusätzlich muss erkennbar sein, in welchem Mass sich die Erhöhung bzw. Minderung auswirkt⁴⁸. Das Bundesgericht verlangt in seiner neuen Rechtsprechung zunehmend, das Sachgericht müsse angeben, in welchem Umfang es die einzelnen Tat- und Täterkomponenten gewichtet (als «geringfügig», «leicht», «erheblich»⁴⁹, «schwer»

44 Stratenwerth, AT II, S. 177, N 9.

45 Stratenwerth, AT II, S. 177, N 9; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 6B_55/2015 vom 7. April 2015 E. 3.6.

46 Urteil des Bundesgerichts 6B_1174/2014 vom 21. April 2015 E. 1.3.1 mit Hinweis.

47 In der Literatur wird zum Teil noch eine abweichende Meinung vertreten, vgl. BSK StGB I-Wiprächtiger/Keller, Art. 47 N 17 mit Hinweisen.

48 Vgl. dazu auch Killias/Kuhn/Dongois/Aebi, S. 200 ff.

49 Was «erheblich» genau bedeutet, ist allerdings unklar.

usw.)⁵⁰. Eine solche Bewertung ist unverzichtbar, um anschliessend das – ebenfalls ausdrücklich zu benennende – Gesamtverschulden qualifizieren zu können.

So sinnvoll die Unterscheidung zwischen objektiver und subjektiver Tatschwere sein mag, so schwierig kann die Abgrenzung im Einzelfall sein. Abgesehen davon, dass objektive Elemente der Tat nur verwertbar sind, wenn sie dem Beschuldigten anrechenbar sind, können sie auch subjektive Elemente enthalten. Objektives und Subjektives kann sich, wie erwähnt, überlagern.

57

Beispiel 16

Wenn der Geiselnnehmer sein Opfer nach kurzer Zeit wieder freilässt, weil er Gewissensbisse bekommt, so ist dies zunächst – was die Tatlauer betrifft – bei der Einstufung der objektiven Tatschwere zu berücksichtigen. Gleichzeitig kann ihm zugutegehalten werden, dass er die Tat von sich aus beendete, weil er das Unrecht einsah. Dies wiederum reduziert die subjektive Vorwerfbarkeit. Die beiden Umstände lassen sich durchaus getrennt behandeln. Indessen ist der Gefahr zu begegnen, den Sachverhalt doppelt zu bewerten und ihn damit übermässig zugunsten des Beschuldigten zu würdigen.

In der **Praxis** ist es weder nötig noch sinnvoll, das Verschulden möglichst genau nach präzisen und logischen Kriterien einzuordnen und zu unterteilen. Wichtig ist, sich darüber im Klaren zu sein, dass der Tatvorwurf objektive und subjektive Elemente umfasst, die in ihrer Gesamtheit das Verschulden ausmachen. Es ist nicht ausschlaggebend, ob ein einzelner Umstand eher objektiver oder eher subjektiver Natur ist. Denn das massgebliche Tatverschulden muss dem konkreten Täter angelastet werden können und ist deshalb letztlich immer subjektiv. Die als «objektiv» behandelten Tatelemente stehen in einem engen Bezug zum subjektiv massgebenden Vorsatz bzw. zur als subjektiv zu bewertenden Fahrlässigkeit. Dabei ist zu unterscheiden, ob ein erschwerender objektiver Faktor vom Beschuldigten beabsichtigt oder nur in Kauf genommen wird. Desgleichen fällt ins Gewicht, ob ihm eine bewusste oder bloss unbewusste Fahrlässigkeit vorzuwerfen ist⁵¹. Entscheidend bleibt, dass sämtliche Elemente, welche für die Strafzumessung benötigt werden, einzeln und in ihrer Gesamtheit dem konkreten Täter subjektiv angelastet bzw. zu seiner Entlastung herangezogen werden können. Dass bei der Urteilsfindung unterschiedliche Auffassungen über die Zuordnung einzelner Strafzumessungskriterien möglich sind⁵², liegt in der Natur der Sache und ist soweit unbedeutend.

58

50 Urteile des Bundesgerichts 6B_899/2014 vom 7. Mai 2015; 6B_45/2014 vom 24. April 2015 E. 1.4.1; 6B_417/2012 vom 14. Januar 2013 E. 4.3 mit Hinweisen.

51 Schwarzenegger/Hug/Jositsch, Strafrecht II, S. 98; vgl. N 186 ff.

52 So auch Schwarzenegger/Hug/Jositsch, Strafrecht II, S. 92 mit Hinweisen.

II. Objektive Tatschwere und ihre Bewertung als Ausgangspunkt

1. Allgemeines

- 59 Die Feststellung der **objektiven Tatschwere** umfasst zweierlei: Sie beschreibt die Tat, wie sie nach aussen in Erscheinung tritt, und sie bewertet diese objektiv festgestellten Tatsachen nach strafrechtlichen Kriterien. Genau betrachtet sind nur bei der Beschreibung der Tat in erster Linie objektive Kriterien massgebend. Die Bewertung als Teil der strafrechtlichen Verschuldenseinschätzung ist insofern subjektiv, als nur massgebend ist, was der Beschuldigte beabsichtigte oder was ihm zumindest bewusst war bzw. hätte sein können und ihm deshalb angerechnet werden darf⁵³. Diese Einschränkung ist stets vor Augen zu halten. Andernfalls besteht die Gefahr, dass Elemente in die Verschuldensbewertung einbezogen werden, für die der Beschuldigte nicht verantwortlich ist. Vereinfacht ausgedrückt lässt sich von der **strafrechtlich vorwerfbaren objektiven Tatschwere** sprechen. In diesem Zusammenhang geht es nicht um die Bewertung eines schuldrelevanten Kriteriums, sondern darum, ob ein objektiver Umstand dem Beschuldigten überhaupt angelastet und damit in die Strafzumessung einbezogen werden kann.

Bei der objektiven Beschreibung und Bewertung der Tat darf in diesem Sinne mitberücksichtigt werden, welche zusätzlichen schädlichen Auswirkungen die Tat hätte haben können. Solche möglichen Folgen wirken sich bei der Tatbeurteilung erschwerend aus.

Beispiel 17

Bei der Brandstiftung (Art. 221 StGB) gilt die Mindestfreiheitsstrafe von 1 Jahr (Abs. 1) nicht zwingend, wenn nur ein geringer Sachschaden entstanden ist (Abs. 3). Das schliesst nicht aus, im Rahmen der Strafzumessung erschwerend zu berücksichtigen, dass ein weit grösserer Schaden hätte resultieren können.

Ungeachtet einer allfälligen subjektiven Komponente der Tatschwere wird in der Praxis ab und zu vom «objektiven Verschulden» gesprochen. Obschon ein solches dem Strafrecht an sich fremd ist, kann der Ausdruck berechtigt sein, sofern er einen objektiven Umstand meint, der dem Beschuldigten in konkreten Fall subjektiv vorwerfbar ist.

- 60 Für das Vorgehen bei der Strafzumessung ist es sinnvoll, von einem **engen Begriff** der objektiven Tatschwere auszugehen. Grundsätzlich sollten nur jene Elemente erfasst werden, die den wahrnehmbaren Tatablauf und Taterfolg ausmachen. Sie reichen aus, um die Ausgangsbasis für die nachfolgende, auf den Täter bezogene Verschuldenswürdigung zu schaffen. Für die weiteren Kriterien der Strafzumes-

53 Vgl. auch *Stratenwerth*, AT II, S. 182, N 20, und S. 183, FN 32.

III. Teil: Täterbezogene Strafzumessungskriterien – Täterkomponenten

Die verschuldensangemessene Strafe kann aufgrund von Umständen, die mit der Tatbegehung an sich nichts zu tun haben, herabgesetzt oder erhöht werden. Es geht um Faktoren, die beim Täter liegen und geeignet sind, ihn im Hinblick auf die Höhe der Strafe zu belasten oder zu entlasten. Sie werden allgemein als **Täterkomponenten** bezeichnet. Verschiedene Entlastungsgründe sind im Gesetz genannt, wobei – analog der Verschuldensminderungsgründe – einzelne Umstände als derart gewichtig eingestuft werden, dass der ordentliche Strafraumen nötigenfalls nach unten erweitert werden darf. Gemeint sind die Strafmilderungsgründe des StGB. Demgegenüber fehlt es im heutigen Recht an eigentlichen Strafschärfungsgründen. Als einziger Grund, den ordentlichen Strafraumen nach oben ausdehnen zu können, ist die mehrfache Tat bzw. Tatbestandsverwirklichung bei gleichartigen Strafen verblieben²⁹¹. Bei der daraus resultierenden Gesamtstrafe nach Art. 49 StGB geht es jedoch nicht um eine Straferhöhung wegen erschwerender Täterkomponenten, sondern um das Zusammentreffen mehrerer schuldangemessener Strafen. Die Strafe für das schwerste Delikt ist nicht zu erhöhen, weil ein zusätzliches täterbezogenes Element vorliegt, sondern weil die Strafe für ein zusätzliches Delikt (angemessen) dazuzurechnen ist. 227

Verschiedene Täterkomponenten finden sich nicht im Gesetz, sondern sind von der **Rechtsprechung** entwickelt worden. Sie lassen sich im Wesentlichen direkt oder indirekt auf Art. 47 Abs. 1 StGB (bzw. aArt. 63 StGB) abstützen oder ganz allgemein aus dem Wesen des Strafrechts herleiten²⁹². Eine abschliessende Aufzählung ist nicht möglich. Ungeachtet ihrer Einordnung haben auch die Täterkomponenten einen Bezug zur Straftat, weil sie erst durch deren Begehung und deren Folgen Bedeutung erlangen. 228

Im Gegensatz zu den Tatkomponenten, die sich auf den Zeitpunkt der Tatbegehung beschränken, umfassen die Täterkomponenten den Zeitraum vor oder nach der Tat. Bei der Würdigung der Persönlichkeit des Täters sind jedoch die Umstände massgeblich, wie sie sich zur Zeit der Beurteilung zeigen²⁹³. 229

291 Der Rückfall nach altem Recht ist nicht ins neue Recht übernommen worden (aArt. 67 StGB).

292 Mathys, SJZ 100 (2004), S. 179.

293 BGE 113 IV 56 E. 4 mit Hinweis.

230 Da jedes Strafzumessungskriterium zu bewerten ist, muss zunächst angegeben werden, ob sich eine bestimmte Täterkomponente **straferhöhend** oder **strafmindernd** auswirkt. Wer um Klarheit bemüht ist, kann dabei unterscheiden, ob die Komponente den ordentlichen Strafrahmen beeinflusst. Entsprechend wäre der Ausdruck «Strafmilderungsgrund» zu verwenden, um darzutun, dass es sich um einen qualifizierten Minderungsgrund handelt. Zwingend erforderlich ist dies allerdings nicht²⁹⁴. Im Urteil ist zusätzlich anzugeben, in welchem Mass sich die Straferhöhung oder die Strafminderung auswirkt. Wie erwähnt, verlangt das Bundesgericht in seiner neuen Rechtsprechung, dass das Sachgericht zu erkennen gibt, in welchem Umfang es die einzelnen Tat- und Täterkomponenten gewichtet²⁹⁵. Somit hat sich aus der Urteilsbegründung zu ergeben, ob ein Strafminderungsgrund oder ein Straferhöhungsgrund «leicht», «stark», «spürbar», «wesentlich», «unwesentlich», «massiv» usw. ins Gewicht fällt. Nur so lässt sich überprüfen, ob der täterbezogene Umstand die schuldangemessene Strafe in einem vernünftigen und zulässigen Mass beeinflusst.

§ 9 Straferhöhungsgründe

I. Fehlende Einsicht und Reue

231 Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung darf **fehlende Einsicht und Reue** strafferhöhend gewichtet werden²⁹⁶. Diese langjährige Praxis wird unter der Geltung des neuen Rechts weitergeführt²⁹⁷. Wohl wird darauf hingewiesen, dass sich Schweigen, Aussageverweigerung, einfaches Bestreiten oder blosses Leugnen «mit verfahrensrechtlich anerkannten Grundsätzen vereinbaren lassen» und dem Angeklagten daraus keine Nachteile bezüglich der Anrechnung der Untersuchungshaft²⁹⁸, der Haftentschädigung²⁹⁹ oder der Kostenaufgabe bei Einstellung des Verfahrens³⁰⁰ erwachsen dürfen. Dies bedeute aber nicht, dass ein entsprechen-

294 Vgl. auch *Schwarzenegger/Hug/Jositsch*, Strafrecht II, S. 58 f., wonach generell von «einfachen bzw. qualifizierten Strafmilderungs- bzw. Straferhöhungsgründen» gesprochen werden sollte.

295 Urteile des Bundesgerichts 6B_899/2014 vom 7. Mai 2015; 6B_45/2014 vom 24. April 2015 E. 1.4.1; 6B_417/2012 vom 14. Januar 2013 E. 4.3 mit Hinweisen.

296 BGE 113 IV 56 E. 4c.

297 Urteil des Bundesgerichts 6B_436/2014 vom 2. März 2015 E. 4.3.2 mit Hinweis auf 6B_694/2012 vom 27. Juni 2013 E. 2.3.4.

298 BGE 103 IV 10.

299 BGE 112 Ib 446.

300 BGE 109 Ia 166.

des Verhalten bei der Beurteilung der Täterpersönlichkeit im Rahmen der Strafzumessung nicht berücksichtigt werden dürfe³⁰¹.

Diese Rechtsprechung wird in der Literatur zum Teil kritisiert. Es wird etwa geltend gemacht, dass damit das Recht in Frage gestellt werde, die Aussage zu verweigern oder den Sachverhalt zu bestreiten. Bewerte man die fehlende Einsicht und Reue strafferhöhend, wirke sich das Aussageverhalten eines Angeklagten zu dessen Nachteil aus, was unzulässig sei. Gefordert wird deshalb, dass die Strafe allein wegen des fehlenden Schuldbewusstseins nicht erhöht werden darf³⁰². 232

Die **Kritik** an der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist weitgehend berechtigt. 233 Geht man davon aus, dass sich Einsicht und Reue strafmindernd und deren Fehlen strafferhöhend auszuwirken hat, so fehlt es an einer neutralen Gewichtung, was nicht überzeugt. Die Situation ist vergleichbar mit der Vorstrafenlosigkeit, die nach der neuen Rechtsprechung unberücksichtigt bleiben muss, wogegen eine (eingetragene) Vorstrafe strafferhöhend ins Gewicht fällt³⁰³. Entscheidend ist jedoch, dass die erwähnte Praxis des Bundesgerichts nicht mit dem elementaren Recht des Beschuldigten zu vereinbaren ist, die Anklage zu bestreiten. Es ist die Aufgabe des Staates, den Schuldbeweis zu erbringen, und es ist das Recht des Beschuldigten, diesen Beweis als nicht erbracht zu behaupten. Allein daraus darf noch nicht auf fehlende Einsicht und Reue geschlossen werden. Sie kann durchaus vorhanden sein, auch wenn sie der Beschuldigte aus seiner prozessualen Stellung heraus nicht äussern darf. Aber selbst wenn sie fehlt, geriete er in einen letztlich unlösbaren Konflikt: Um zu verhindern, dass die Strafe wegen fehlender Einsicht und Reue erhöht wird, müsste er die Tat bestreiten, gleichzeitig aber sein Bedauern über sie ausdrücken. Dass dies nicht möglich und auch nicht zumutbar ist, muss nicht weiter begründet werden. Auch eine «bedingte» Einsicht und Reue darf nicht verlangt werden. Die Aussage vor Gericht «Ich habe die Tat nicht begangen, sollten Sie mich jedoch verurteilen, würde ich sie bereuen», könnte nicht ernst genommen werden und würde zudem die Verteidigungsposition des Beschuldigten schwächen. Das muss dazu führen, eine (allfällig) fehlende Einsicht und Reue grundsätzlich **neutral** zu behandeln, sie also nicht strafferhöhend einzubeziehen. Dass diese Lösung zumindest nicht bundesrechtswidrig ist, hat das Bundesgericht in einem Entscheid aus dem Jahr 2005 ausdrücklich festgehalten³⁰⁴.

301 BGE 113 IV 56 E. 4c.

302 So etwa *Schwarzenegger/Hug/Jositsch*, Strafrecht II, S. 102; *Stratenwerth*, AT II, S. 198, N 54 ff.

303 BGE 136 IV 101 E. 2.6.

304 Urteil des Bundesgerichts 6S.199/2004 vom 27. April 2005 E. 3.4; der Entscheid erging in Fünferbesetzung.

- 234 Es wäre indessen verfehlt, den Mangel an Einsicht und Reue ausnahmslos als Straferhöhungsgrund auszuschliessen. Denkbar ist, dass **in aussergewöhnlichen Fällen** angesichts der konkreten Umstände das Verhalten des Beschuldigten als in besonderem Masse uneinsichtig erscheint. Dass kann etwa zutreffen, wenn der Sachverhalt unbestritten ist und lediglich die rechtliche Würdigung in Frage steht, aber auch, wenn der Beschuldigte bereits einschlägig vorbestraft ist. Dabei kann er eine Haltung an den Tag legen, mit der er wider besseres Wissen jegliche Verantwortung negiert, was als besondere Uneinsichtigkeit strafe erhöhend berücksichtigt werden darf.

Beispiele 72

- Ein Beschuldigter anerkannte zwar den strafrechtlichen Vorwurf, machte aber Verjährung geltend. Dabei betonte er immer wieder, dass er deshalb unschuldig und nicht dafür verantwortlich sei, das Opfer schwer verletzt zu haben. Dies kann ihm bei einer Verurteilung als besondere Uneinsichtigkeit (und damit auch als fehlende Reue) strafe erhöhend angelastet werden.
 - Obschon der Eheschutzrichter die gemeinsamen Kinder unter die elterliche Obhut der Ehefrau gestellt hatte, reiste der Beschuldigte im Rahmen seines Besuchsrechts mit den Kindern nach Tunesien, wo er in der Folge blieb. Die kantonalen Gerichte vermissten beim Beschuldigten jegliche Einsicht und Reue und würdigten seine Verweigerungshaltung strafe erhöhend. Das Bundesgericht sah darin keine Verletzung von Bundesrecht. Es sei offensichtlich, dass der Beschuldigte durch die Entführung beider Kinder ein *Fait accompli* schaffen wollte. Er habe für die Rückführung Bedingungen im Zusammenhang mit der Regelung der elterlichen Sorge gestellt, falls ein künftiges Scheidungsurteil diese seiner Frau übertragen sollte. Damit bringe der Beschuldigte seine absolute Überzeugung zum Ausdruck, im Recht zu sein³⁰⁵.
- 235 Das Mass der Straferhöhung hängt von der Intensität der Uneinsichtigkeit ab, sollte aber bereits wegen des Ausnahmecharakters nur leicht ins Gewicht fallen. Derartige Fälle dürften in der Praxis eher selten sein. Grundsätzlich ist deshalb fehlende Einsicht und Reue bei der Strafzumessung nicht zu beachten.

II. Vorstrafe

- 236 **Vorstrafen** wirken sich nach konstanter Praxis strafe erhöhend aus³⁰⁶. Die Rechtsprechung bedeutet, dass eine Vorstrafe grundsätzlich automatisch zu einer Straferhöhung führt³⁰⁷. Denn wer ungeachtet früherer Verurteilungen wiederum straffällig wird, erscheint als unbelehrbar und als uneinsichtig. Aus seiner neuen Delinquenz

305 Urteil des Bundesgerichts 6B_694/2012 vom 27. Juni 2013 E. 2.3.4 mit Hinweisen.

306 Das gilt auch für ausländische Vorstrafen (vgl. BGE 105 IV 225 E. 2).

307 BGE 136 IV 1 E. 2.6.2 mit Hinweisen.

darf auf eine Gleichgültigkeit oder gar eine Rechtsfeindlichkeit geschlossen werden. Denn die Gültigkeit der Rechtsnormen ist dem Beschuldigten bereits persönlich verdeutlicht worden³⁰⁸. Als Wiederholungstäter kennt er die Schädlichkeit seines Tuns wie auch dessen soziale Missbilligung.

Von einer Vorstrafe ist grundsätzlich auszugehen, wenn der Beschuldigte in der Vergangenheit rechtskräftig verurteilt und bestraft wurde. Doch ist nicht immer vorausgesetzt, dass es zu einer Sanktion kam. Es kann genügen, dass die Tatbestandsmerkmale einer bestimmten Strafbestimmung erfüllt waren, was wiederum bedeutet, dass der entsprechende Sachverhalt auch bewiesen sein musste³⁰⁹. Unter diesen Bedingungen darf strafferhöhend berücksichtigt werden, dass der Beschuldigte in ein Strafverfahren involviert war, auch wenn es dann eingestellt wurde³¹⁰. Das kann etwa auf Fälle zutreffen, die von den Art. 52, 53, 54 und 55a StGB erfasst sind. Desgleichen ist eine strafferhöhend zu wertende Straftat anzunehmen, wenn sie zu keiner Verurteilung führte, weil der Geschädigte den Strafantrag zurückzog.

Das Sachgericht hat bei jedem einzelnen Fall prüfen, inwieweit und unter welchen Voraussetzungen sich eine bestimmte Vorstrafe strafferhöhend auswirkt³¹¹. Das **Mass der Straferhöhung** hängt von verschiedenen Faktoren ab. Grundsätzlich fallen Vorstrafen bei der Strafzumessung umso weniger ins Gewicht, je geringfügiger sie sind und je länger sie zurückliegen³¹². Weit in der Vergangenheit liegende Delikte haben in der Regel kein erhebliches Gewicht mehr. Sodann kann es darauf ankommen, aus welchen Lebensabschnitten die Vorstrafen stammen. Zudem ist wesentlich, ob sie andere Bereiche betreffen oder ob sie einschlägig sind³¹³. Erneute Delinquenz auf dem gleichen Gebiet indiziert eine besondere Unbelehrbarkeit und Uneinsichtigkeit.

Vereinfacht gesagt lässt sich festhalten, dass sich weit zurückliegende und nicht einschlägige Vorstrafen (wenn überhaupt) nur geringfügig strafferhöhend auswirken, während nicht weit zurückliegende und einschlägige Vorstrafen erheblich strafferhöhend ins Gewicht fallen können. Dazwischen sind verschiedene Konstellationen denkbar, die zu einer differenzierten Abstufung der Straferhöhung führen.

In jedem Fall darf ihm der Umstand, dass ein Beschuldigter vorbestraft ist, **nur verhältnismässig** angelastet werden.

308 Urteil des Bundesgerichts 6B_325/2013 vom 13. Juni 2013 E. 3.2.3.

309 Vgl. Urteil des Bundesgerichts 6B_488/2011 vom 27. Dezember 2011 E. 3.3.

310 Urteil des Bundesgerichts 6S.565/2006 vom 7. Juni 2007 E. 6.2 mit Hinweisen.

311 Urteil des Bundesgerichts 6B_325/2013 vom 13. Juni 2013 E. 3.2.3.

312 BGE 121 IV 3 E. 1c/dd.

313 Urteil des Bundesgerichts 6S.199/2004 vom 27. April 2005 E. 3.3.

Beispiele 73

- Das kantonale Obergericht verurteilte einen Beschuldigten wegen qualifizierter Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz zu einer Freiheitsstrafe von 7 Jahren. Dabei erachtete es aufgrund des Verschuldens eine Strafe von 54 Monaten für angemessen, die es wegen drei einschlägiger Vorstrafen auf 84 Monate erhöhte. Das Bundesgericht hob das Urteil auf, weil den Vorstrafen ein zu starkes Gewicht beigemessen wurde. Zwar war der Beschuldigte einschlägig vorbestraft, jedoch ging es bei seinen ersten beiden Verurteilungen um Kleinkriminalität. Er war zu Freiheitsstrafen von 4 und 6 Monaten verurteilt und bereits nach gut sechseinhalb Monaten wieder aus dem Strafvollzug entlassen worden. Ein nachhaltiger Warneffekt war nur hinsichtlich der dritten Verurteilung zu 2 Jahren unbedingter Freiheitsstrafe zu erwarten. Auch wenn der Beschuldigte sich hierdurch nicht beeindrucken liess, durfte nicht übersehen werden, dass er seine Schuld durch den Vollzug gesühnt hatte und die Delikte zwischen acht und zehn Jahre zurücklagen. Zudem wurden die Vorstrafen von den früheren Gerichten jeweils bereits bei den nachfolgenden Verurteilungen straf erhöhend berücksichtigt. Eine Straferhöhung um 30 Monate, die nur geringfügig unter der Summe der verbüssten Einzelstrafen von 34 Monaten lag, kam faktisch einer Doppelbestrafung gleich. Sie liess sich nicht dadurch rechtfertigen, dass der mehrmalige Freiheitsentzug beim Beschuldigten keine nachhaltige Wirkung gezeigt hatte. Die Vorstrafen in diesem Mass zu berücksichtigen, wäre selbst im Falle einer Gesamtstrafenbildung in Anwendung des Asperationsprinzips fraglich. Sie stand zudem in keinem vertretbaren Verhältnis zur «Einsatzstrafe» von 54 Monaten. Die Straferhöhung war übersetzt und verletzte Bundesrecht³¹⁴.
- In einem anderen Fall bestrafte das kantonale Obergericht einen Beschuldigten u.a. wegen gewerbsmässigen Diebstahls, mehrfacher Sachbeschädigung und mehrfachen Hausfriedensbruchs mit 36 Monaten Freiheitsstrafe. Es ging von einer verschuldensangemessenen hypothetischen Gesamtstrafe von 24 Monaten aus und erhöhte diese wegen drei Vorstrafen «ganz massiv» auf 36 Monate. Das Bundesgericht erachtete die Erhöhung als bundesrechtskonform. Der Beschuldigte war u.a. wegen gleicher Delikte vor rund sieben Jahren mit einer teilbedingten Freiheitsstrafe von 26 Monaten und vor rund drei Jahren mit einer unbedingten Freiheitsstrafe von 2 Jahren bestraft worden. Ausserdem musste er vor acht Jahren wegen Vergehens gegen ausländerrechtliche Bestimmungen verurteilt werden. Von diesen Strafen wäre ein nachhaltiger Warneffekt zu erwarten gewesen. Der Beschuldigte zeigte sich aber unbelehrbar. Er liess sich ganz offensichtlich durch die bisherigen Bestrafungen in keiner Weise beeindrucken und von erneuter Delinquenz abhalten. Von einer Doppelbestrafung konnte nicht die Rede sein. Vielmehr offenbarte er eine beachtliche Renitenz und Gleichgültigkeit gegenüber der schweizerischen Rechtsordnung. Unter diesen Voraussetzungen war für das Bundesgericht nachvollziehbar, dass die Vorinstanz die Vorstrafen im konkreten Fall im Umfang eines Drittels des Strafmasses straf erhöhend beurteilte. Damit schöpfte sie das ihr zustehende weite Ermessen aus.

314 Urteil des Bundesgerichts 6B_325/2013 vom 13. Juni 2013 E. 4.3.

Das Bundesgericht wies zudem darauf hin, dass das kantonale Urteil offenkundig eine generalpräventiv ausgerichtete Komponente enthält³¹⁵. Es spielte auf den Umstand an, dass zur Begehung von Einbruchdiebstählen in die Schweiz eingereiste Täter sich offenkundig von der schweizerischen Strafjustiz nicht beeindrucken lassen. Die Vorinstanz habe darauf mit einer deutlichen Erhöhung des Strafmasses reagiert, was im begründeten Fall des unbelehrbaren Wiederholungstäters zulässig sei³¹⁶.

Die Beispiele zeigen, dass es auf die konkreten Umstände ankommt. Immerhin lässt sich festhalten, dass eine prozentuale Erhöhung der schuldangemessenen Strafe wegen Vorstrafen nicht sinnvoll ist und vor allem zu einem falschen Ergebnis führt. In beiden erwähnten Fällen betrug die Erhöhung rund 50 Prozent. Dies stellt jedoch lediglich das – zufällige – Ergebnis der Strafzumessung dar und nicht deren Methode. Um den Grad der Erhöhung zu bestimmen, kommt es wesentlich auch auf die Höhe der «Einsatzstrafe» an. Ist diese hoch, muss die Erhöhung absolut gesehen geringfügiger sein. Andernfalls würde die gleiche Unbelehrbarkeit des Täters unterschiedlich sanktioniert, je nach Höhe der neuen (schuldangemessenen) Strafe. Der Zuschlag wegen einer Vorstrafe darf deshalb grundsätzlich nicht durch die neue Strafe bestimmt werden. Entscheidend sollte vielmehr die Höhe der früheren Strafe sein, die für den Beschuldigten offensichtlich keine Lehre war. Die Straferhöhung im neuen Verfahren hat dabei verhältnismässig zu sein und darf nur einen Teil der Vorstrafe ausmachen, ansonsten faktisch eine unzulässige Doppelbestrafung vorläge.

Zusammengefasst können folgende Kriterien hilfreich sein, um die Auswirkung einer Vorstrafe zu bestimmen: 239

- Grundsätzlich sind alle Vorstrafen strafferhöhend zu berücksichtigen, auch nicht einschlägige.
- Je einschlägiger die Vorstrafe ist, desto stärker fällt sie ins Gewicht.
- Je weiter die Vorstrafe zurückliegt, desto geringer wirkt sie sich strafferhöhend aus.
- Je geringer die Vorstrafe ist, desto geringer darf der (absolute) Zuschlag im neuen Verfahren sein.
- Der Zuschlag darf dabei nur einen Teil der Vorstrafe ausmachen.
- In jedem Fall muss die Straferhöhung verhältnismässig sein.

Zu beachten ist, dass Verurteilungen, die aus dem Strafregister entfernt sind, in einem neuen Strafverfahren bei der Strafzumessung (und beim Entscheid über 240

315 Vgl. BGE 134 IV 1 E. 5.4.1.

316 Urteil des Bundesgerichts 6B_510/2015 vom 25. August 2015 E. 1.5.

den Strafaufschub) zulasten des Beschuldigten nicht mehr berücksichtigt werden dürfen³¹⁷.

- 241 Die **Vorstrafenlosigkeit** wirkt sich demgegenüber bei der Strafzumessung grundsätzlich neutral aus. Sie ist kein Strafminderungsgrund. Die Straffreiheit darf ausnahmsweise in die Beurteilung der Täterpersönlichkeit einbezogen werden, wenn sie auf eine aussergewöhnliche Gesetzestreue hinweist. Eine solche ist wegen der Gefahr ungleicher Behandlung nicht leichthin anzunehmen³¹⁸.

III. Delinquenz während laufender Probezeit und Strafuntersuchung

- 242 Wer während einer **laufenden Probezeit** delinquent, zeigt in der Regel eine ausgeprägte Einsichtslosigkeit. Diese kann nicht nur zum Widerruf der bedingten Strafe führen, sondern sie wirkt sich auch bei der neuen Strafe aus. Dem Täter sind die Folgen strafbaren Handelns bekannt und er befindet sich in einer Bewährungsphase. Dass er sich ungeachtet dessen erneut strafbar macht, weist auf eine zusätzliche Unbelehrbarkeit hin, was – neben der Vorstrafe – strafferhöhend ins Gewicht fällt. Dabei ist allerdings zu beachten, dass die Tatbegehung innerhalb der Probezeit zu den in Art. 46 StGB vorgesehenen Konsequenzen führen kann. Wird eine Strafe widerrufen, sollte die Erhöhung wegen der Delinquenz während laufender Probezeit nicht allzu stark ausfallen. Bleibt es bei einer Ersatzanordnung (Verwarnung oder Verlängerung der Probezeit), darf die Strafe spürbarer heraufgesetzt werden. Im Übrigen gelten für das Mass der Erhöhung weitgehend die gleichen Grundsätze wie bei der Vorstrafe, weshalb darauf zu verweisen ist (vgl. N 236 ff.). Zu achten ist darauf, dass es zu keiner doppelten Bestrafung kommt, indem die gleichen Umstände zweimal berücksichtigt werden.
- 243 Die Delinquenz während der **laufenden Strafuntersuchung** und ihre Auswirkung auf die Strafzumessung unterscheiden sich grundsätzlich nicht von der Tatbegehung während laufender Probezeit. Allerdings kann namentlich die Einschlägigkeit der neuen Tat bedeutend sein. Setzt der Beschuldigte etwa eine Deliktserie fort, deretwegen gegen ihn bereits ermittelt wird, müsste von einer ausgeprägten Uneinsichtigkeit ausgegangen werden. Sie hätte sich entsprechend stark strafferhöhend auszuwirken. Im Übrigen sind (auch hier) die konkreten Umstände massgebend.

317 BGE 135 IV 87 E. 2; vgl. Art. 369 Abs. 7 StGB.

318 BGE 136 IV 1 E. 2.6.

Zusammengefasst ist bei der Bildung einer Gesamtstrafe nach Art. 49 Abs. 1 StGB in folgenden Schritten vorzugehen: 378

1. Beurteilung, welche Delikte mit einer gleichartigen Strafe zu ahnden sind (Freiheitsstrafe, Geldstrafe, gemeinnützige Arbeit, Busse).
Alle Delikte mit gleichartiger Strafe führen zu einer entsprechenden Gesamtstrafe.
2. Feststellung, welches Delikt aufgrund der abstrakten Strafdrohung als schwerste Straftat zu gelten hat. Bei gleicher abstrakter Strafdrohung kann es die konkret schwerste Tat, bei gleicher konkreter Schwere die zeitliche erste Straftat sein.
3. Bemessung der Strafe für diese schwerste Straftat nach den üblichen Kriterien (Tatkomponenten und – soweit ein Bezug zu dieser Tat besteht – Täterkomponenten) (Einsatzstrafe).
4. Im gleichen Sinne Bemessung der Strafe für jedes weitere Delikt.
5. Bestimmung, mit je welchem angemessenen Anteil der einzelnen zusätzlichen Strafen die Einsatzstrafe zu erhöhen ist. Die Summe dieser Erhöhungen und die Einsatzstrafe ergeben zusammen die (provisorische) Gesamtstrafe.
6. Berücksichtigung allfälliger Täterkomponenten, die zu allen Delikten einen Bezug haben (und bei der Einzelfallbeurteilung noch nicht berücksichtigt worden sind).
7. Festsetzung der definitiven Gesamtstrafe.

II. Zusatzstrafe (ganz oder teilweise) (Art. 49 Abs. 2 StGB)

1. Vorbemerkungen

Sind verschiedene Straftaten zu beurteilen und liegt zwischen deren Begehung eine (rechtskräftige) Verurteilung, hat der Richter die dort festgesetzte Strafe im neuen Verfahren zu berücksichtigen. Für diejenigen Delikte, die der Beschuldigte vor dem früheren Urteil beging, ist zu diesem eine **Zusatzstrafe** auszufallen (Art. 49 Abs. 2 StGB). Der Beschuldigte soll nicht schwerer bestraft werden, als wenn über alle Straftaten (die neuen und die bereits abgeurteilten) gleichzeitig entschieden worden wäre. Damit ist das Asperationsprinzip auch bei retrospektiver Konkurrenz gewährleistet. Der Beschuldigte, der mehrere gleichartige Strafen verwirkt hat, soll nach einem einheitlichen, für ihn relativ günstigen Prinzip der Strafschärfung beurteilt werden, unabhängig davon, ob die Verfahren getrennt durchgeführt werden oder nicht. Er soll damit trotz Aufteilung in mehrere Verfahren gegenüber 379

einem Täter, dessen Taten gleichzeitig beurteilt werden, nicht benachteiligt und so weit als möglich auch nicht bessergestellt sein⁵¹⁰.

- 380 Wenn zusätzlich strafbare Handlungen zu beurteilen sind, die der Beschuldigte erst nach dem früheren Urteil beging, liegt eine bloss teilweise retrospektive Konkurrenz vor. Sie führt zu einer nur **teilweisen Zusatzstrafe**. Diese ergibt sich aus den noch nicht beurteilten früheren Delikten und den im Ersturteil bereits sanktionierten Delikten. Die neuen Taten sind dagegen losgelöst vom Ersturteil zu behandeln. Aus der Zusatzstrafe und der (Gesamt-)Strafe für die neuen Delikte ist die definitive Gesamtstrafe zu ermitteln. Wegen der verschiedenen möglichen Konstellationen ist es wichtig, dabei systematisch vorzugehen. Das erleichtert die Strafzumessung und macht sie zudem nachvollziehbar und überprüfbar.
- 381 Im Übrigen sind die Grundsätze der **Gesamtstrafe** zu beachten. Auch eine Zusatzstrafe ist nur bei gleichartigen Strafen möglich. Demnach ist es ausgeschlossen, etwa eine Freiheitsstrafe als Zusatzstrafe zu einer Geldstrafe als Grundstrafe auszusprechen⁵¹¹. Delikte, die zu ungleichartigen Strafen führen, sind kumulativ zu ahnden. Die Zusatzstrafe, die für eine als Jugendlicher begangene Tat auszusprechen ist, richtet sich nach dem StGB (Art. 3 Abs. 2 Satz 2 JStG)⁵¹².

2. Strafzumessung bei vollkommen retrospektiver Konkurrenz

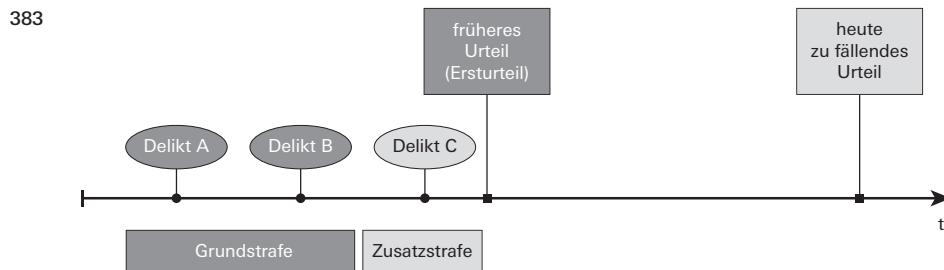


Abb. 3: Vollkommen retrospektive Konkurrenz.

Die **vollkommen retrospektive Konkurrenz** setzt voraus, dass über Straftaten zu befinden ist, die ausnahmslos vor einem früheren Urteil (**Ersturteil**) begangen wurden. Für die Bemessung der Zusatzstrafe sind diejenigen neu zu beurteilenden und im Ersturteil bereits beurteilten Delikte heranzuziehen, deren Straftat übereinstimmt. Somit muss zunächst entschieden werden, bei welchen der neuen

510 BGE 138 IV 113 E. 3.4.1 mit Hinweisen.

511 BGE 137 IV 57 E. 4.3.

512 Vgl. im Übrigen die Bemerkungen zur entsprechenden Gesamtstrafe vorstehend N 377.

Anhang: Bearbeitungsschema/Checkliste

Das folgende **Bearbeitungsschema** soll mithelfen, die Strafzumessung systematisch anzugehen und lückenlos abzuhandeln. Werden die aufgeführten Fragen beantwortet, sind die wichtigsten gedanklichen Schritte für die Fallbearbeitung gemacht. Die Fragen (und die Antworten) können zudem weitere Denkanstösse vermitteln, die unabdingbar sind, um den Besonderheiten eines jeden Falles gerecht zu werden. Die aufgezählten Bewertungskriterien sind weder abschliessend noch streng systematisch geordnet. Sie sollen dazu dienen, die kreative Tätigkeit der Urteilsfindung zu unterstützen und weitere Ideen zu produzieren. Das Bearbeitungsschema eignet sich schliesslich auch als Checkliste: Sie kann im Nachhinein benützt werden, um zu überprüfen, ob die Strafzumessung vollständig ist.

A. Bewertung des Verschuldens (des Hauptdelikts) (N 54 ff.)

a) Wie ist die objektive Tatschwere aufgrund des äusseren Erscheinungsbildes der Tat zu bewerten und grob zu bezeichnen? (N 59 ff.)

- Gibt es denkbare Tatvarianten, die schwerer oder leichter wiegen?
- In welchem Umfang unterscheiden sich derartige Tatvarianten?
- Wie ist die objektive Tatschwere einzuordnen?
(Bezeichnung: im untersten, unteren, unteren bis mittleren, mittleren, mittleren bis oberen, oberen, oberen bis obersten, obersten Bereich liegend)

Bewertungskriterien

- Art und Weise des Tatvorgehens (N 66 ff.)
 - Mittel der Tatbegehung
 - Ausmass (Intensität) der Gewalteinwirkung
 - skrupelloses Vorgehen
 - sonstwie rücksichtsloses Vorgehen
 - brutales Vorgehen
 - grausames Vorgehen
 - länger andauerndes Tatverhalten
 - Drohungen gegenüber dem Geschädigten
 - zusätzliche Gefährdung des Geschädigten
 - Ausnützen der Wehrlosigkeit des Geschädigten

- Welche Mittel setzte er dabei ein?
- Welchen Aufwand betrieb er in zeitlicher und materieller Hinsicht?
- Musste er eine innere Hemmschwelle überwinden?
- Wie ist die kriminelle Energie des Beschuldigten zu benennen?
(Beispiel: ausgeprägt, aussergewöhnlich, gross, nicht sehr gross, mittelmässig, nicht gering, eher gering, gering usw.).

d) Welche Verschuldenserhöhungsgründe und welche Verschuldensminderungsgründe sind vorhanden?

- Wie wirken sich diese Gründe im Einzelnen aus?
(Beispiel: leicht verschuldenserhöhend; erheblich verschuldensmindernd; fällt nur geringfügig ins Gewicht; wirkt sich spürbar, deutlich, stark zu seinen Gunsten aus; ist in ausgeprägtem Mass zu berücksichtigen; usw.)

Einzelne Verschuldenserhöhungsgründe (N 110 ff.)

- verwerflicher Beweggrund
 - gemeine Gesinnung
 - Niederträchtigkeit
 - Rache
 - Hass
 - Eifersucht
- insbesondere egoistischer Beweggrund
 - Habgier
 - Machtstreben
 - Gewinnstreben
 - Selbstsucht
- weitere Gründe

Einzelne Verschuldensminderungsgründe (N 114 ff.)

- Tatbegehung durch Unterlassung (Art. 11 Abs. 4 StGB) (Milderungsgrund) (N 115 ff.)
- Verminderte Schuldfähigkeit (Art. 19 Abs. 2 StGB) (Milderungsgrund) (N 118 ff.)
- Irrtum über die Rechtswidrigkeit (Art. 21 StGB) (Milderungsgrund) (N 125 ff.)
- Unvollendeter Versuch/Rücktritt (Art. 22 Abs. 1 StGB) (Milderungsgrund) (N 132 ff.)
- Gehilfenschaft (Art. 25 StGB) (Milderungsgrund) (N 139 ff.)

Strafzumessung bedeutet, anhand nachvollziehbarer Kriterien das Unrecht einer Straftat zu bewerten und die dafür angemessene Strafe zu finden. Der «Leitfaden Strafzumessung» zeigt, wie diese anspruchsvolle Aufgabe bewältigt werden kann. Auf verständliche Art wird erläutert, welche Faktoren relevant sind und welche nicht. Ein ausführliches Bearbeitungsschema stellt sicher, dass bei der Entscheidungsfindung kein wesentliches Element übersehen wird.

Der Leitfaden eignet sich als Einführung und als Nachschlagewerk. Er richtet sich an alle, die in der theoretischen Ausbildung oder im praktischen Alltag mit der Strafzumessung zu tun haben.

Inhalt

- Strafzumessung als Teil der Urteilsfindung
- Tatbezogene Strafzumessungskriterien – Tatkomponenten
- Täterbezogene Strafzumessungskriterien – Täterkomponenten
- Festsetzung der Strafe (insbesondere auch der Gesamtstrafe/Zusatzstrafe)
- Besondere Fragen (Gleichbehandlung von Mittätern, Dauerdelikt, Serien-
delikte, Vergleich mit anderen Urteilen usw.)
- Anhang: Bearbeitungsschema/Checkliste

Autor

Dr. iur. Hans Mathys, alt Bundesrichter/Präsident der Strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts, verfügt als ehemaliger Untersuchungsrichter, Bezirksgerichtspräsident, Obergerichter und Präsident des damaligen Zürcher Geschworenengerichtes über langjährige praktische Erfahrung auf dem Gebiet des Strafrechts.

ISBN 978-3-7190-3700-0

