



Musterlösung zur Prüfung

«Die Sanktionen des Strafgesetzbuches» (28.06.2022)

Hinweis

Die Musterlösung stellt eine standardisierte Lösung dar. Deshalb sind Abweichungen vom Punkteraster möglich. Abzüge sind, neben eigentlich fehlerhaften Antworten, namentlich denkbar aufgrund von Auslassungen, Aufbaufehlern oder inneren Widersprüchen. Für das blosses Abschreiben von Gesetzestexten wurden keine Punkte vergeben.

Aufgabe 1

Die zentrale Norm in der Strafzumessung ist Art. 47 StGB.

Gemäss Art. 47 Abs. 1 Satz 1 StGB misst das Gericht die Strafe – in einem ersten Schritt – nach dem Verschulden des Täters mit Bezug auf eine konkrete Tat (Ausmass der Schuld, das in der konkreten Tat zum Ausdruck kommt) zu. Das bedeutet umgekehrt: Die Strafe bemisst sich nicht nach dem reinen äusseren Erfolg der Tat, nicht nach der Notwendigkeit der Abschreckung des Täters (negative Spezialprävention) oder der Bevölkerung von solchen Taten oder der Bestärkung in ihrer Rechtstreue (negative und positive Generalprävention). Nicht zu berücksichtigen sind ferner die Wiederholungsgefahr oder das Genugtuungsbedürfnis des Opfers.

Das Verschulden bestimmt sich gemäss Art. 47 Abs. 2 StGB nach vier Faktoren (Tatkomponenten):

- i. nach der Schwere der Verletzung oder Gefährdung des betroffenen Rechtsguts (BGer: «Ausmass des verschuldeten Erfolges»)¹,
- ii. nach der Verwerflichkeit des Handelns («Art und Weise der Herbeiführung des Erfolges»)²,
- iii. nach den Beweggründen und Zielen des Täters sowie
- iv. danach, wie weit der Täter nach den inneren und äusseren Umständen in der Lage war, die Gefährdung oder Verletzung zu vermeiden.

¹ Vgl. BGE 129 IV 6 E. 6.1.

² BGE 117 IV 112, S. 114.



Innerhalb der Tatkomponenten werden somit sowohl objektive wie subjektive Elemente der Tat berücksichtigt.

Erste objektive Tatkomponente ist die Schwere der Verletzung bzw. die Gefährdung des betroffenen Rechtsgutes. Sie bestimmt sich zum einen nach dem Rang des von der Tat betroffenen Rechtsgutes, zum anderen nach dem Ausmass der Verletzung oder der Gefährdung. Unter diesem Aspekt ist also das Erfolgsunrecht zu bewerten (soweit dessen Eintritt dem Täter, weil vorsätzlich oder fahrlässig handelnd, zuzurechnen ist). Dabei bestimmt sich der Rang des Rechtsgutes nach dem Strafrahmen der Tat, das Ausmass hingegen nach dem Deliktsbetrag, der Schadenshöhe, der Dauer und der Intensität der Rechtsgutverletzung. Bei abstrakten Gefährdungsdelikten geht es unter dem Titel des Erfolgsausmasses darum, wie sehr von der Verhaltensnorm abgewichen wurde (bei Geschwindigkeitsvorschriften z.B. um die km/h-Überschreitung). Gleichzeitig bedeutet dies auch, dass ein strafmindernder Faktor vorliegt, wenn kein Erfolg eingetreten ist (Versuch, Art. 22 Abs. 1 StGB). Das Ausmass dieser Strafminderung ist davon abhängig, wie weit der Erfolg von seinem tatsächlichen Eintritt noch entfernt war.

Zweite objektive Tatkomponente ist die Verwerflichkeit des Handelns. Hierbei muss das Gericht ein Bild davon gewinnen, wie gravierend die Tathandlung innerhalb des Spektrums denkbarer Tatausführungen ist, wie schwer sie wiegt; hier geht es um den Handlungsunwert. Zu berücksichtigen sind die Art und Weise der Herbeiführung des Erfolges sowie die Folgen der Tat für den Geschädigten (etwa welche Leiden dem Opfer zugefügt worden sind). Bei qualifizierten oder privilegierten Tatbeständen darf dieses Element jedoch nicht ein zweites Mal (straferhöhend bzw. -mildernd) berücksichtigt werden (sog. Doppelverwertungsverbot).

Erste – vom Gesetz zwar nicht genannte – subjektive Tatkomponente bildet die Willensrichtung/Intensität des deliktischen Willens. Gemäss Rechtsprechung ist die Willensrichtung ein wichtiger Bestandteil im Prozess der Verschuldensbemessung. Die Unterscheidung durchzieht auch das ganze Strafrecht: Vorsatz und Fahrlässigkeit werden unterschiedlich behandelt. Unter diesem Aspekt geht es (a) um die Differenzierung zwischen verschiedenen Vorsatzformen (Vorsatz 1. Grades, 2. Grades, Eventualvorsatz) und (b) um die Intensität des deliktischen Willens (auch «kriminelle Energie» genannt). Bei Fahrlässigkeit verbindet sich mit der Unterscheidung zwischen bewusster und unbewusster Fahrlässigkeit keine Abstufung der Schwere des Unrechts (und damit auch nicht der Schuld). Massgebend ist in diesem Falle stattdessen die Schwere des Sorgfaltsverstosses. Bei der «kriminellen Energie» handelt es sich um einen nur schwer fassbaren – obwohl oft angerufenen – Verschuldensfaktor: Nur eine besonders grosse oder aber kleine kriminelle Energie kann demzufolge Einfluss auf die Verschuldensbemessung haben.

Als weitere subjektive Tatkomponente nennt Art. 47 Abs. 2 StGB die Beweggründe und Ziele. Für die Verschuldensbemessung lassen sich die in den einzelnen Tatbeständen verankerten Wertungen übernehmen. Belastende Elemente sind etwa Skrupellosigkeit, selbststüchtige Beweggründe, Bereicherungs-

absicht oder Gewinnsucht, während bspw. Mitleid, Erleichterung des eigenen Fortkommens, achtenswerte Beweggründe oder andere verständliche oder nachvollziehbare Tatmotive entlastend wirken. Wo man nicht auf solche gesetzlichen Wertungen zurückgreifen kann, muss das Gericht nach den sozialen Konventionen entscheiden, ob ein Motiv bzw. ein Ziel be- oder entlastet. Verkürzt ausgedrückt, wertet die Praxis egoistische oder rücksichtslose Motive/Ziele als verschuldenserhöhend, während altruistische es absenken. Das Unrecht (und damit potentiell auch das Verschulden) erscheint umso höher, je grösser das Missverhältnis zwischen den auf dem Spiel stehenden Interessen ist: demjenigen, welches der Täter verfolgt, und demjenigen, welches er dafür verletzt. Umgekehrt: Je näher die Interessen wertungsmässig beieinander liegen, desto geringer fällt das Unrecht und damit, auf das Gesamtunrecht bezogen, auch das Verschulden aus. Aber: Strafrecht ist keine Veranstaltung zur allgemeinen Hebung der Sittlichkeit! Deshalb sollten (zumindest) verschuldenserhöhende Momente jenseits gesetzlicher Wertungen nur so weit angenommen werden, wie über deren Bewertung ein praktisch einhelliger Konsens besteht.

Als dritte und letzte subjektive Tatkomponente muss die Fähigkeit des Täters, nach den inneren und äusseren Umständen die Gefährdung oder die Verletzung zu vermeiden, berücksichtigt werden. Denn die Höhe des Verschuldens ist ebenfalls von der Entscheidungsfreiheit («Freiheitsspielraum») abhängig, die dem Täter in der Tatsituation zukam. In den Worten des BGer: «Je leichter es für ihn gewesen wäre, die von ihm übertretene Norm zu respektieren, desto schwerer wiegt seine Entscheidung gegen sie und damit die Schuld».³ In diesem Zusammenhang von Bedeutung sind etwa psychische Störungen, Affekte, Kulturkonflikte, Alkohol- oder Drogenabhängigkeit, soweit die Schwelle von Art. 19 Abs. 2 StGB nicht erreicht ist. Dieser Freiheitsspielraum ist allerdings nicht positiv feststellbar ist in dem Sinne, dass er sich rekonstruieren liesse. Vielmehr geht das Gericht von der vorhandenen Freiheit aus, die Tat nicht zu begehen, und klärt dann ab, ob Gründe ersichtlich sind, welche diese Freiheit einschränken könnten. Solche Gründe können, wie das Gesetz sagt, in «inneren und äusseren» Umständen liegen.

Die Tatkomponente ist aber nicht die einzig zu berücksichtigende Grösse im Prozess der Strafzumessung. Laut Art. 47 Abs. 1 Satz 2 StGB muss das Gericht zusätzlich das Vorleben (sofern es das Ausmass des Verschuldens beeinflusst) sowie die persönlichen Verhältnisse des Täters berücksichtigen (Täterkomponente). Dazu zählen Praxis und Lehre auch das Verhalten nach der Tat und im Strafverfahren. Auch die Täterkomponenten sind nur insoweit in die Bemessung der schuldangemessenen Strafe einzu beziehen, wie sie im Zusammenhang mit der Tat stehen.

Das Vorleben erfasst die ganze Lebensgeschichte des Täters: Familienverhältnisse in der Jugend, schulische Entwicklung, Arbeitsverhalten, sonstige Sozialbeziehungen, Vorstrafen (praktisch sehr wichtig; besonders einschlägige Vorstrafen wirken sich straf erhöhend aus; je leichter sie sind, und je länger sie

³ Vgl. BGE 117 IV 7 E. 3a.aa.



zurückliegen, desto weniger fallen sie ins Gewicht) und Leumund. Auch insofern wird man zu verlangen haben, dass diese Elemente geeignet sind, das Ausmass des Verschuldens zu beeinflussen.

Zweiter Aspekt der Täterkomponente sind die persönlichen Verhältnisse zur Tatzeit. Miteinzubeziehen sind hier Alter, Gesundheitszustand, (Vor-)Bildung und Beruf, intellektuelle Fähigkeiten, individuelle Widerstandskraft, Süchte und Abhängigkeiten, Familien- und andere persönliche Beziehungen, usw. Auch die persönlichen Verhältnisse sind nur auf die Frage zu beziehen, in welchem Mass sie die Schuld des Täters – tatbezogen: es geht nicht um die Klärung sämtlicher Lebensumstände des Täters – als gesteigert oder vermindert erscheinen lassen.

Unter die Täterkomponenten wird auch die Strafempfindlichkeit gefasst. Deren Berücksichtigung muss aber die Ausnahme bleiben. Weiter werden hier auch im Verhalten des Staates begründete entlastende Umstände einzogen, in der Praxis vor allem der Einsatz von V-Leuten sowie Verzögerungen des Strafverfahrens.

Die Strafe hat also der Tat (Tatkomponente) und dem Täter (Täterkomponente) angemessen zu sein (u.a. können dabei bspw. auch Strafmilderungsgründe nach Art. 48 StGB zum Tragen kommen).

In einem letzten Schritt muss das Gericht sodann die Wirkung der Strafe auf das Leben des Täters (Art. 47 Abs. 1 Satz 2 *in fine* StGB) berücksichtigen. Dabei handelt es sich um einen Aspekt, der nicht mehr verschuldensbezogen ist, sondern präventiven Belangen dient.

Zusammengefasst hat die Strafzumessung in drei Schritten zu erfolgen:

1. Festlegung der verschuldensangemessenen Strafe auf Grundlage der Tatkomponente;
2. verschuldensangemessene Adjustierung derselben auf Grundlage der Täterkomponente;
3. Überprüfung, ob das Ergebnis mit Blick auf das zukünftige Leben des Täters zu ändern bzw. herabzusetzen sei (evtl. «Randkorrekturen»).

Aufgabe 2

a)

(1) Vorliegend soll G wegen bandenmässigen Diebstahls (Art. 139 Ziff. 3 Abs. 2 StGB) und einer – eigenständigen – einfachen Körperverletzung nach Art. 123 Ziff. 1 StGB verurteilt werden.

G hat vorliegend zwei Tatbestände verwirklicht, die nebeneinander anzuwenden sind, um das Unrecht angemessen zu erfassen. Es besteht, wie der Sachverhalt schon sagt, echte Konkurrenz (Realkonkurrenz). Die Frage ist nun, wie diese echte Konkurrenz in eine konkrete Strafe zu übersetzen ist. Das Gesetz gibt dazu in Art. 49 Abs. 1 StGB eine Anleitung:

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.

Vorausgesetzt ist damit nach Satz 1, dass der Täter die Voraussetzungen für mehrere gleichartige Strafen erfüllt hat. Dabei sind nach der Praxis des BGer Geldstrafe und Freiheitsstrafe nicht gleichartige Strafen⁴. I.c. sagt der Sachverhalt indessen, dass das Gericht für beide Straftaten je eine Freiheitsstrafe für angezeigt hält. Das Gericht würde, anders gesagt, für jede einzelne Tat, wenn er sie einzeln beurteilen müsste, gleichartige Strafen aussprechen. Damit ist die Anforderung an der Gleichartigkeit der Straftat im Einzelfall⁵ (Art. 49 Abs. 1 StGB; sog. konkrete Methode) erfüllt (es genügt nicht, dass in beiden Tatbeständen die gleiche Strafart nur angedroht wäre). Art. 49 StGB ist somit anwendbar.

Die Gesamtstrafenbildung nach Art. 49 StGB folgt dem sog. Asperationsprinzip: Danach hat das Gericht zunächst die Strafe für die schwerste Tat zu ermitteln (sog. Einsatzstrafe) und deren Dauer dann angemessen zu erhöhen (Art. 49 Abs. 1 Satz 1 StGB).

Als schwerste Tat gilt dabei diejenige, die mit der schwersten Strafe bedroht ist (also nicht zwingend diejenige, die im konkreten Fall mit der schwersten Strafe belegt wird). Entscheidend ist, mit anderen Worten, der abstrakte Strafrahmen. Der bandenmässige Diebstahl ist mit einer Freiheitsstrafe von 6 Monaten bis zu 10 Jahren bedroht (Art. 139 Ziff. 3 Abs. 1 StGB). Eine einfache Körperverletzung nach Art. 123 Ziff. 1 StGB wird mit Freiheitsstrafe bis zu 3 Jahren oder Geldstrafe bestraft. Somit ist die «schwerste Tat» hier der bandenmässige Diebstahl (auch wenn er nach den Umständen des konkreten Falles verschuldensmässig nicht am schwersten wiegt; sonst könnte die echte Konkurrenz sinnwidrigerweise zu einer Herabsetzung des Strafrahmens führen).

⁴ BGE 144 IV 217, 220.

⁵ BGE 138 IV 120; 137 IV 57.



Das Gericht muss also in einem ersten Schritt die Strafzumessung für den bandenmässigen Diebstahl vornehmen (innerhalb des ordentlichen Strafrahmens). In einem zweiten Schritt muss die komplette Strafzumessung (selbständig) für die einfache Körperverletzung vorgenommen werden. Erst im Anschluss daran kann die Asperation durchgeführt werden.

In der Praxis erfolgt meist eine Erhöhung, die ungefähr zwei Dritteln der zweiten Einzelstrafe entspricht.

Die Erhöhung ist jedoch in vielerlei Hinsicht begrenzt:

- Die angedrohte Höchststrafe darf nicht um mehr als die Hälfte überschritten werden (Art. 49 Abs. 1 Satz 2 StGB; i.c. entspräche dies einer Freiheitsstrafe von 15 Jahren);
- Das Gericht ist an das gesetzliche Höchstmass der Strafart gebunden (Art. 49 Abs. 1 Satz 3 StGB; i.c. 20 Jahre Freiheitsstrafe [Art. 40 Abs. 2 StGB]);
- Das Asperationsprinzip gemäss Art. 49 Abs. 1 StGB kann nicht zu einer Höchststrafe führen, die höher ist als die Höchststrafe, die bei Anwendung des Kumulationsprinzips möglich wäre (BGE 143 IV 145 E. 8.2.3).⁶ Dementsprechend läge hier die Maximalstrafe nicht bei 15, sondern bei insgesamt 13 Jahren Freiheitsstrafe; und
- gegen unten ist eine allfällige Mindeststrafe eines verwirklichten Tatbestandes zu beachten (Sperrwirkung; i.c. 6 Monate Freiheitsstrafe).

Zudem: Die Einsatzstrafe zu erhöhen, ist dem Gericht zwingend geboten; es muss daher über die Mindeststrafe hinausgehen, mit der die schwerste Tat bedroht ist. I.c. muss dementsprechend – theoretisch – eine Freiheitsstrafe von mindestens 6 Monaten und einem Tag ausgesprochen werden. Innerhalb des so festgelegten Rahmens entscheidet das richterliche Ermessen nach den allgemeinen Regeln der Art. 47 ff. StGB.⁷

(2) Eine Freiheitsstrafe wird mit zunehmender Dauer empfindlicher, überproportional eingriffsintensiv. Man geht von einer «progressiven Straf Wirkung» der Freiheitsstrafe aus: Die Strafintensität verstärkt sich mit zunehmender Strafdauer nicht linear, sondern progressiv. Strafschmerz und Strafdauer laufen nicht parallel, sondern jener überholt diese. Deshalb können Freiheitsstrafen nicht einfach kumuliert werden.

⁷ STRATENWERTH, AT I, § 19 N 21.



b)

(1) Die Einsatzstrafe beträgt im vorliegenden Fall 10 Monate Freiheitsstrafe.

Für die zweite Tat (einfache Körperverletzung) hält das Gericht eine Freiheitsstrafe von 12 Monaten für angemessen.

In Anlehnung an die oben beschriebene Praxis (Erhöhung um ca. zwei Dritteln der Strafe für die mildere Tat) ist somit davon auszugehen, dass das Gericht hier auf eine Gesamtstrafe von 18 Monaten (10 Monate + [$\frac{2}{3}$ von 12 Monaten = 8 Monate]) Freiheitsstrafe erkennen wird.

(2) Der abstrakte Strafraum von Art. 139 Ziff. 1 StGB lautet auf Freiheitsstrafe bis zu 5 Jahren oder Geldstrafe.

Im Unterschied hierzu wird eine Tötlichkeit nach Art. 126 Abs. 1 StGB einzig mit Busse bestraft.

Vorliegend ist die Voraussetzung der Gleichartigkeit der Strafarten nicht erfüllt (Freiheitsstrafe oder Geldstrafe einerseits, Busse andererseits), womit eine Anwendung von Art. 49 StGB ausscheidet.

Demzufolge greift das Kumulationsprinzip: Nachdem das Gericht die Strafen für die einzelnen verwirklichten Tatbestände ausgesprochen hat, muss es diese kumulieren. Im Ergebnis lautet die Strafe hier auf Geldstrafe und Busse.



Aufgabe 3

a) Laut Sachverhalt hat das Kriminalgericht Luzern bei der Urteilsfindung das Urteil des Obergerichts Zürich vom 10. Mai 2021 unberücksichtigt gelassen.

Weil die qualifizierte Veruntreuung (Erstatt) zeitlich vor der Verurteilung wegen Betrugs und Verletzung des Schriftgeheimnisses (Zweitatt) lag, kommt grundsätzlich ein Fall von retrospektiver Konkurrenz in Betracht (Art. 49 Abs. 2 StGB). Im Sachverhalt gibt es jedoch keine Hinweise darauf, dass diese Norm tatsächlich angewendet wurde. Dass das Urteil des Obergerichts nirgends erwähnt wird, belegt das Gegenteil.

Nach Art. 34 Abs. 3 StPO kann die verurteilte Person beim Gericht, welches die schwerste Strafe ausgesprochen hat, ein Gesuch auf Festlegung der Gesamtstrafe einreichen. Entscheidend für die Bestimmung der Zuständigkeit ist diesfalls nicht eine abstrakte gesetzliche Strafdrohung, sondern die schwerste, tatsächlich von einem Gericht verhängte Strafe. Vorausgesetzt ist, dass es sich um gleichartige Strafen handelt, die sich zur Bildung einer Gesamtstrafe eignen.

Anmerkung [nicht Prüfungstoff]: Ob das Gesuch vor Antritt des Strafvollzugs gestellt werden muss, ist umstritten. Darüber hinaus enthält das Gesetz keine Fristen für dessen Einreichung.⁸

Das Obergericht Zürich hat L zu einer Freiheitsstrafe von 21 Monaten, sowie zu einer Busse von CHF 4'800.–, verurteilt. Das Kriminalgericht Luzern hat eine Freiheitsstrafe von 10 Monaten ausgesprochen. Sofern die ausgesprochenen Freiheitsstrafen betroffen sind, handelt es sich um gleichartige Strafen. Art. 34 Abs. 3 StPO ist somit anwendbar.

L müsste folglich ein entsprechendes Gesuch beim Obergericht Zürich einreichen (akzeptabel auch: beim BezGer Winterthur).

b) Vorliegend hatte das Kriminalgericht Luzern eine im Jahr 2018 begangene qualifizierte Veruntreuung i.S.v. Art. 138 Ziff. 2 StGB zu beurteilen. Damit könnte ein Fall von Art. 49 Abs. 2 StGB vorliegen:

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.

Die «Luzerner» Tat wurde 2018 begangen, also bevor L wegen Betrugs vom Obergericht Zürich (am 10. Mai 2021) verurteilt wurde. Gemäss Art. 49 Abs. 2 StGB hätte das Kriminalgericht Luzern demnach

⁸ So BSK StPO-MOSER/SCHLAPBACH, Art. 34 N 16; anders ZK-StPO-Schlegel, Art. 34 N 16.

eine Zusatzstrafe in der Weise bestimmen müssen, dass L nicht schwerer bestraft wird, als wenn die genannten strafbaren Handlungen gleichzeitig beurteilt worden wären. Grund für Art. 49 Abs. 2 StGB ist folgender: Zufälligkeiten in der Entdeckung oder Verfolgung von Straftaten sollen nicht über die verhängten Strafen entscheiden. Derjenige, der für eine Tat verurteilt worden ist und von dem sich herausstellt, dass er für eine zeitlich früher begangene weitere Tat auch hätte verurteilt werden müssen, wenn man sie gekannt hätte, soll nicht schlechter gestellt sein als im Fall, da beide Straftaten gleichzeitig beurteilt worden wären. Deshalb ist massgebend, ob die zweite Tat zeitlich vor der (ersten) Verurteilung im Erstverfahren verübt wurde. Nur in diesem Fall hätte Gelegenheit bestanden, beide Taten zusammen zu beurteilen, deshalb ist nur dieser Fall von Art. 49 Abs. 2 StGB erfasst.

Vorausgesetzt ist aber ein weiteres: Eine solche Schlechterstellung ist nur (dann) zu befürchten, wenn die beiden Strafen nicht ohnehin kumuliert werden. Und kumuliert werden sie dann, wenn das Aspirationsprinzip nicht greift, d.h.: Wenn das Gericht ungleichartige Strafe verhängen würde, wenn es sie je einzeln beurteilen müsste. Indem das Kriminalgericht beabsichtigte, eine Freiheitsstrafe zu verhängen – sprich eine Strafe, die mit jener, die für den Betrug ausgesprochen wurde, gleichartig ist – waren die Voraussetzungen für eine Asperation erfüllt.

Dabei ist bedeutsam, dass an der Rechtskraft der Grundstrafe nicht gerüttelt wird.

Als schwerste Straftat gilt diejenige, die mit der höchsten Strafdrohung bewehrt ist. Das ist im vorliegenden Fall die qualifizierte Veruntreuung nach Art. 138 Ziff. 2 StGB, weil die abstrakte Strafdrohung auf Freiheitsstrafe bis zu 10 Jahren oder Geldstrafe lautet, während Betrug nach Art. 146 Abs. 1 StGB mit Freiheitsstrafe bis zu 5 Jahren oder Geldstrafe bestraft wird.

Wenn, wie i.c., die neue Tat diejenige mit der schwereren Strafdrohung ist, muss die Strafzumessung zuerst für diese vorgenommen und die sog. Einsatzstrafe festgelegt werden. In einem zweiten Schritt wird um einen angemessenen Anteil der Grundstrafe asperiert. Schliesslich muss von dieser gedanklich gebildeten Gesamtstrafe die rechtskräftige Grundstrafe abgezogen werden. Das ergibt dann die Zusatzstrafe, d.h. die im zweiten Urteil tatsächlich zu verhängende Strafe.

Für die qualifizierte Veruntreuung (als schwerste Straftat) erkannte das Kriminalgericht auf eine Freiheitsstrafe von 10 Monaten. Darin liegt aber erst ein Zwischenergebnis. Nun muss diese Strafe asperiert werden, praxisgemäss um zwei Drittel (siehe oben Antwort 1.a.) der rechtskräftigen Grundstrafe (21 Monate Freiheitsstrafe). Die hypothetische Gesamtstrafe errechnet sich wie folgt: 10 Monate + 14 Monate ($\frac{2}{3}$ von 21 Monate) = 24 Monate. Von dieser ist die rechtskräftige Grundstrafe = 21 Monate abzuziehen, somit ergibt sich eine Zusatzstrafe von 3 Monaten.



Aufgabe 4

a) Die Stationäre Behandlung nach Art. 59 StGB verlangt (Abs. 1), dass der Täter psychisch schwer gestört ist, eine Tat begangen hat, die mit dieser Störung im Zusammenhang steht (lit. a) und man erwarten kann, die Behandlung könne die Gefahr weiterer solcher Taten vermindern (lit. b).

Anlasstat: Als Anlasstat genügt jedes Verbrechen oder Vergehen (kein Tatcatalog wie bei Art. 64 StGB). Die Anlasstat muss tatbestandsmässig und rechtswidrig sein, sie muss hingegen nicht auch schuldhaft begangen worden sein (wobei Art. 59 StGB nur bei Schuldausschlussgründen, die in der fehlenden Schuldfähigkeit begründet sind [Art. 19 StGB], anwendbar bleibt).

Schwere psychische Störung: Sie stellt das Hauptelement von Art. 59 StGB dar. Ihre Diagnose erfolgt durch einen Sachverständigen (genauer: einen Facharzt für Psychiatrie; BGE 140 IV 49), den das Gericht beiziehen muss. Wie schwer die psychische Störung tatsächlich sein muss, lässt sich abstrakt nicht angeben, sondern entscheidet sich nach Erwägungen der Verhältnismässigkeit. Die Anordnung einer Massnahme muss angesichts der Schwere der psychischen Störung als verhältnismässig erscheinen. Seit BGE 146 IV 1 kann sich eine zu behandelnde psychische Störung auch aus «Teilstörungen» ergeben, die je für sich nicht in einem Klassifikationssystem wie dem ICD-10/11 oder dem DSM-5 erfassbar sind.

Zusammenhang zwischen Anlasstat und Störung (lit. a): Die Störung muss bereits im Zeitpunkt der Anlasstat bestanden haben. Eine erst nachträglich auftretende Störung genügt nicht. Die Störung muss zudem im Urteilszeitpunkt immer noch vorliegen. Darüber hinaus wird ein innerer Zusammenhang zwischen Tat und Störung verlangt. D.h. dass die Anlasstat auf die psychische Störung zurückzuführen ist und mit ihr im Zusammenhang steht. Die Anlasstat muss somit Ausdruck der Gefährlichkeit sein, die durch die psychische Störung des Täters verursacht wird.

Wiederholungsgefahr (lit. b): Vorausgesetzt wird, dass sich der Wiederholungsgefahr mit der Behandlung auch tatsächlich begegnen lässt. Die erfolgreiche Behandlung soll zu erfolgreicher Deliktprävention führen.

Wie bei jeder Anordnung einer Massnahme muss die stationäre Behandlung nach Art. 59 StGB zudem verhältnismässig sein (Art. 56 Abs. 2 StGB). Dies entspricht den Voraussetzungen von Art. 36 BV. Die Massnahme muss also notwendig (vgl. Art. 56 Abs. 1 lit. a StGB; bereits geprüft unter dem Titel der Wiederholungsgefahr) und geeignet sein (m.a.W. muss der Täter behandlungsbedürftig und -fähig [therapierbar] sein). Geeignet ist die Massnahme dann, wenn «im Zeitpunkt des Entscheids die hinreichende Wahrscheinlichkeit besteht, dadurch lasse sich [innerhalb von 5 Jahren (vgl. Art. 59 Abs. 4 StGB)] die Gefahr weiterer Straftaten deutlich verringern» (BGE 134 IV 315, S. 321; das BGer verlangt keinen «durchschlagenden Erfolg» bereits innert der 5-Jahresfrist). Therapierbarkeit meint dabei nicht die Heilung im medizinischen Sinn, sondern die künftige Straflosigkeit. Der Täter kann also weiterhin eine

psychische Störung aufweisen, aus ihr darf sich aber keine Gefährlichkeit mehr ergeben. Die Verhältnismässigkeit i.e.S. ist schliesslich gegeben, wenn der Grundrechtseingriff bzw. die Massnahme zumutbar ist.

Sind all diese Voraussetzungen erfüllt, so kann das Gericht die Behandlung anordnen; es muss nicht. Zudem ist die Behandlung jeweils um 5 Jahre verlängerbar; eine absolute Grenze existiert nicht.

b) Die stationäre Massnahme nach Art. 59 Abs. 3 StGB und diejenige nach Art. 64 Abs. 1 lit. b StGB stehen, obwohl diese als subsidiär gilt, in einem Spannungsverhältnis. Beide setzen eine schwere psychische Störung voraus (wobei die Additive «langdauernd» oder «anhaltend» in der letztgenannten Bestimmung keine einschränkende Wirkung haben), die einen inneren Zusammenhang mit der Tatbegehung aufweist, aber die anvisierten Tätergruppen sind unterschiedlich: Art. 59 Abs. 3 StGB setzt voraus, dass der Täter behandel-/therapierbar erscheint, wogegen Art. 64 StGB nur im Fall eines unbehandelbaren Täters zum Zug kommt. Nun besteht die Gefahr, dass die Einschränkungen der Anlasstaten von Art. 64 StGB umgangen werden, und zwar auf folgendem Weg:

- i. Dem Täter wird die Therapierbarkeit bescheinigt. Das fällt insofern nicht schwer, als das BGE nicht verlangt, dass innert der regulären 5-jährigen Dauer der Massnahme bereits die Voraussetzungen der bedingten Entlassung eingetreten wären; es lässt – wie gesehen – genügen, dass «im Zeitpunkt des Entscheids die hinreichende Wahrscheinlichkeit besteht, dadurch lasse sich die Gefahr weiterer Straftaten deutlich verringern» (BGE 134 IV 315, S. 321).
- ii. Gestützt darauf wird die Massnahme nach Art. 59 StGB verhängt. Es liegt, nach der bundegerichtlichen Praxis (BGE 142 IV 1), an der Vollzugsbehörde, über den Vollzug nach Abs. 1 oder Abs. 3 zu befinden. Entscheidet sie sich für Abs. 3, weil «die Gefahr besteht, dass der Täter flieht oder weitere Straftaten begeht», wird er in einer geschlossenen Einrichtung behandelt. Es ist sogar die Behandlung in einer Strafanstalt möglich. Damit unterscheidet sich diese Sanktion kaum mehr von einer Verwahrung, denn auch diese wird in einer Massnahmevollzugseinrichtung oder in einer Strafanstalt vollzogen (Art. 64 Abs. 4 StGB).
- iii. Im Ergebnis werden damit die strengeren Eingangsvoraussetzungen der Verwahrung unterlaufen: Diese verlangt eine mit einer Höchststrafe von 5 oder mehr Jahren bedrohte Tat, durch die der Täter die physische, psychische oder sexuelle Integrität einer anderen Person schwer beeinträchtigt hat oder beeinträchtigen wollte. Die Hürde der Verwahrung überspringen also nur qualifizierte Verbrechen. Für die Massnahme nach Art. 59 StGB hingegen genügen Vergehen, z.B. eine Drohung. Auf diese Weise lassen sich Täter mit Straftaten im max. mittleren Kriminalitätsbereich auf unabsehbare Zeit einschliessen.