

Den Tarif durchgeben?

Die zahlenmässige Gewichtung von Strafzumessungsfaktoren als Mittel zur Herstellung von Vergleichbarkeit und Transparenz, dargestellt anhand ausgewählter Delikte mittlerer und schwerer Kriminalität

Masterarbeit

eingereicht am 16. April 2007 von

Hanspeter Kiener

MAS Forensik Klasse 1

betreut von

Dr. Thomas Hansjakob, Staatsanwalt, St. Gallen

Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis.....	II
Literaturverzeichnis.....	IV
Abkürzungsverzeichnis.....	VIII
Kurzfassung	IX

I. Strafzumessung und ihre Begründung heute	1
II. Ansätze berechenbarer Strafzumessung.....	8
III. Eigener Ansatz.....	16
IV. Anwendung auf ausgewählte Tatbestände.....	31
V. Schlussfolgerungen.....	39
Anhang: Umfrage KSBS betr. Strafzumessungsrichtlinien.....	41

Inhaltsverzeichnis

I. Strafzumessung und ihre Begründung heute	1
1. Alltag in der Strafzumessung.....	1
2. Anforderungen an die Begründung der Strafzumessung	2
2.1. Verfassungsrechtliche Ausgangslage	2
2.2. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts	3
2.3. Reaktionen der Lehre zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung	3
2.4. Heutige gesetzliche Grundlage.....	4
3. Erfüllt die heutige Praxis die an die Begründung der Strafzumessung gestellten Anforderungen?	5
4. Offene Fragen	7
II. Ansätze berechenbarer Strafzumessung.....	8
1. Strafzumessung – mehr als eine Frage der Intuition?.....	8
2. Modelle berechenbarer Strafzumessung	9
2.1. Deutsche Modelle.....	9
2.2. Die analytische Bewertung von Dubs	10
2.3. Trechsels Modell für die Strafzumessung bei Fiaz	11
2.4. Das Modell von Frei und Ranzoni	11
2.5. „Tabelle Hansjakob“	12
2.6. Die Strafzumessungstechnik von Hans Mathys	13
2.7. Richtlinien für die Strafzumessung bei Massendelinquenz	14
3. Zulässigkeit solcher Strafzumessungsmodelle vor Art. 47 StGB.....	14
4. Fazit	15
III. Eigener Ansatz.....	16
1. Der Einstieg	16
2. Von der Referenzstrafe zur Einsatzstrafe	17
2.1. Referenzstrafe und Referenzsachverhalt als objektive Bezugspunkte	17
2.2. Festlegung von Referenzstrafe und Referenzsachverhalt	17
2.2.1. Abstrakte oder konkrete Bestimmung der Referenzstrafe?	17
2.2.2. Der Referenzsachverhalt.....	19
2.2.3. Ansiedelung der Referenzstrafe im Strafraumen.....	20
2.3. Bestimmung der Einsatzstrafe im konkreten Fall	22
2.4. Zwischenfazit	22
3. Die Individualisierung der Einsatzstrafe.....	23
3.1. Die Zumessungsfaktoren ausserhalb der objektiven Tatschwere.....	23
3.2. Tatbestandsbezogen konkretisierte Strafzumessungsfaktoren	24
3.3. Die Gewichtung der aktuellen individuellen Faktoren.....	25

3.3.1. Art und Mass der Gewichtung	25
3.3.2. Gründe für eine generelle Rahmengewichtung	25
4. Einzelfragen	26
4.1. Iudex semper calculat - aber wie?.....	26
4.2. Die Urteilsbegründung im vorgeschlagenen Modell.....	27
4.2.1. Einheit von Herstellung und Darstellung der Strafzumessung	28
4.2.2. Konsequenzen für die Urteilsbegründung	28
4.3. Wer „erlässt“ Referenzstrafen und Gewichtungen?	29
4.4. Öffentliche oder geheime Richtlinien?.....	29
5. Ergebnis	30
IV. Anwendung auf ausgewählte Tatbestände.....	31
1. Qualifizierter Raub (Art. 140 Ziff. 3 StGB)	31
1.1. Zu beurteilender Sachverhalt.....	31
1.2. Referenzsachverhalt	31
1.3. Referenzstrafe.....	32
1.4. Festlegung der Einsatzstrafe im konkreten Fall	32
1.5. Individualisierende Strafzumessungsfaktoren bei Art. 140 Ziff. 3 StGB	32
1.5.1. Mögliche weitere Faktoren aus der Tatkomponente:	32
1.5.2. Mögliche weitere Faktoren aus der Täterkomponente	33
1.6. Ergebnis.....	33
2. Vergewaltigung (Art. 190 Abs. 1 StGB)	34
2.1. Zu beurteilender Sachverhalt.....	34
2.2. Referenzsachverhalt	34
2.3. Referenzstrafe.....	34
2.4. Festlegung der Einsatzstrafe im konkreten Fall	35
2.5. Individualisierende Strafzumessungsfaktoren bei Art. 190 Abs. 1 StGB	35
2.5.1. Mögliche weitere Faktoren aus der Tatkomponente:	35
2.5.2. Mögliche weitere Faktoren aus der Täterkomponente	36
2.6. Ergebnis.....	36
3. Widerhandlungen gegen das BetmG (Art. 19 Ziff. 2 BetmG).....	36
3.1. Zu beurteilender Sachverhalt.....	36
3.2. Referenzsachverhalt	36
3.3. Referenzstrafe.....	37
3.4. Festlegung der Einsatzstrafe im konkreten Fall	37
3.5. Individualisierende Strafzumessungsfaktoren bei Art. 19 Ziff. 2 BetmG.....	37
3.5.1. Mögliche weitere Faktoren aus der Tatkomponente:	37
3.5.2. Mögliche weitere Faktoren aus der Täterkomponente	38
3.6. Ergebnis.....	38
V. Schlussfolgerungen.....	39

Literaturverzeichnis

- ALBRECHT PETER Schuld und Strafzumessung aus der Sicht des Richters, in: SJZ 1983 262 ff.
- Strafzumessung im Spannungsfeld von Theorie und Praxis, in: ZStrR 1991 S. 45.
- Ein Strafzumessungsmodell für die Drogenjustiz?, in: AJP 1996 S. 369 f.
- Neue Wege der Strafzumessung bei Betäubungsmitteldelikten?, in: ZStrR 1998 S. 418 ff.
- Probleme der Strafgerechtigkeit aus der Sicht des Richters, in: ZStrR 2006 S. 68 ff.
- ALBRECHT HANS JÜRGEN Strafzumessung bei schwerer Kriminalität - eine vergleichende und empirische Studie zur Herstellung und Darstellung des Strafmasses, Berlin 1994.
- ARZT GUNTHER Strafzumessung – Revolution in der Sackgasse, in: recht 1994 S. 141 ff. und 234 ff.
- BRUCKMANN ERNST-OTTO Vorschlag zur Reform des Strafzumessungsrechts, in: ZRP 1973 S. 30 ff.
- BRUNS HANS-JÜRGEN Strafzumessungsrecht, Gesamtdarstellung, 2. Auflage, Köln etc. 1974 (zit. Strafzumessungsrecht).
- Grundprobleme des Strafzumessungsrechts, in: ZStW 1982 S. 111 ff.
- CORBOZ BERNARD La motivation de la peine, in : ZBJV 1995 S. 1 ff.
- DONATSCH ANDREAS / FLACHSMANN STEFAN / HUG MARKUS / WEDER ULRICH Schweizerisches Strafgesetzbuch, Orell-Füssli Kommentar, Zürich 2006.
- DUBS HANS Analytische Bewertung als Grundlage richterlicher Strafzumessung, in: Festgabe zum schweizerischen Juristentag 1963 Basel, Basel 1963, S. 9 ff. (zit. analytische Bewertung).
- Grundprobleme des Strafzumessungsrechts in der Schweiz, ZStW 1982 S. 161 ff.
- FINGERHUTH THOMAS / TSCHURR CHRISTOF BetmG, Kommentar Betäubungsmittelgesetz, Zürich 2007.
- FREI PETER / RANZONI CARLO Strafzumessung im Betäubungsmittelhandel, AJP 1995 S. 1439 ff.
- GRASSBERGER ROLAND Die Strafzumessung, in: Kriminologische Abhandlungen, Heft

- 7, Wien 1932.
- HAAG KARL Rationale Strafzumessung, Diss. Saarbrücken 1969.
- HAFTER KARL Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts, Bern 1942.
- HANSJAKOB THOMAS Zur Strafzumessung in Betäubungsmittel-Straffällen, SJZ 1994 S. 57.
- Strafzumessung in Betäubungsmittelfällen – eine Umfrage der KSBS, ZStrR 1997 S. 233 ff.
- HANSJAKOB THOMAS / SCHMITT HORST / SOLLBERGER JÜRIG (HRSG.) Kommentierte Textausgabe zum revidierten Strafgesetzbuch, 2. Auflage, Luzern 2006.
- HÄRRI MATTHIAS Folgenberücksichtigung bei der Strafzumessung, in: ZStrR 1998 S. 212 ff.
- HASSEMER WINFRIED Die Formalisierung der Strafzumessungsentscheidung, in: ZStW 1978 S. 64 ff.
- HASSEMER RAIMUND Einige empirische Ergebnisse zum Unterschied der Herstellung oder Darstellung richterlicher Sanktionsentscheidungen, in: MschrKrim 1983 S. 26 ff.
- HAUSER GABI Die Verknüpfungproblematik in der Strafzumessung, Diss. Freiburg 1985.
- HUMBEL, FABIAN Bemerkungen zum BGE vom 27.4.2004, in: AJP 2005 S. 1285 Ziff. 3.2.
- JENNY GUIDO Strafrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 2003, in: ZBJV 2005 S. 359 f.
- KILLIAS MARTIN De la difficulté de quantifier la fixation de la peine, in: Mélanges en l'honneur du Prof. Jean Gauthier, Le droit pénal et ses liens avec les autres branches du droit, Bern 1996, S. 33 ff.
- KÖBERER WOLFGANG Iudex non calculat – über die Unmöglichkeit, Strafzumessung sozialwissenschaftlich – mathematisch zu rationalisieren, Diss. 1996, Frankfurt a.M.
- KUNZ KARL-LUDWIG Überlegungen zur Strafzumessung auf erfahrungswissenschaftlicher Grundlage, in: Bürgerfreiheit und Sicherheit, Perspektiven von Strafrechtslehre und Kriminalpolitik, Bern 2000, S. 223 ff.
- LINIGER MIRANDA Le contrôle de la fixation de la peine dans la jurisprudence récente du Tribunal fédéral, in : SJ 1996 S. 565 ff.
- MAHAIM RAPHAËL La fixation de la peine, in: Kuhn André / Moreillon Laurent / Viredaz Baptiste / Bichovsky Aude (Hrsg.), La nouvelle partie générale du Code pénal suisse, Bern 2006, S. 233 ff.

- MATHYS HANS Zur Technik der Strafzumessung, in: SJZ 2004 S. 173 ff.
- MÜLLER JÖRG PAUL Grundrechte in der Schweiz, 3. Aufl., Bern 1999.
- NIGGLI MARCEL A General- und Spezialprävention, in: AJP 1994 S. 1051 ff.
- NIGGLI MARCEL / WIPRÄCHTIGER HANS (HRSG.) Basler Kommentar Strafgesetzbuch I, Art. 1-110 aStGB, Basel 2003 (zit. BSK StGB I – BearbeiterIn).
Basler Kommentar Strafgesetzbuch II, Art. 111-401 aStGB, Basel 2003 (zit. BSK StGB II – BearbeiterIn).
- PIGNAT CEDRIC / KUHN ANDRE Les nouvelles règles de la fixation de la peine: une révolution de velours, in : ZStrR 2004 S. 251 ff.
- PIQUEREZ GERARD La motivation des décisions de justice en droit pénal, in: Donatsch A. / Schmid N. (Hrsg.), Strafrecht und Öffentlichkeit, Zürich 1996 S. 251 ff.
- QUELOZ NICOLAS Commentaire de la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de fixation et motivation de la peine, in : ZStrR 1998 S. 136 ff.
- REHBERG JÖRG Kritische Bemerkungen zur Bundesgerichtspraxis zur Strafzumessung, in: Stiftung für die Weiterbildung schweizerischer Richterinnen und Richter (Hrsg.), Referate Gerzensee, Bern 1997.
- RIKLIN FRANZ Gedanken zur Dauer von Freiheitsstrafen, in: Stiftung für die Weiterbildung schweizerischer Richterinnen und Richter (Hrsg.), Referate Gerzensee, Bern 1997.
- SCHÄFER GERHARD Praxis der Strafzumessung, 3. Aufl., München 2001.
- SCHULTZ HANS Besprechung des Beitrags von Hans Dubs in der Festgabe zum schweizerischen Juristentag 1963 Basel, in: ZStrR 1964 S. 218 f.
- STOECKLIN LUKAS MARTIN Untersuchung über das Gewicht der einzelnen Strafzumessungsgründe, Analyse der Basler Gerichtspraxis 1961-1963 zu Art. 191 StGB, Basel 1971.
- STRATENWERTH GÜNTER Tatschuld und Strafzumessung, in: Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, Heft 406/407, Tübingen 1972, S. 3 ff. (zit. Tatschuld und Strafzumessung).
Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil II: Strafen und Massnahmen, Bern 2006 (zit. AT II).
- STRATENWERTH GÜNTHER / WOHLERS WOLFGANG Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar, Bern 2007.
- STRENG FRANZ Strafzumessung und relative Gerechtigkeit, eine Untersuchung zu rechtlichen, psychologischen und soziologischen Aspekten ungleicher Strafzumessung, Heidelberg 1984.

- TRECHSEL STEFAN Strafmessung bei Verkehrsstrafsachen, insbesondere bei Art. 91 Abs. 1 SVG, in: Berner Tage für juristische Praxis 1994, Bern 1994, S. 71 ff.
- Kommentar zum schweizerischen Strafgesetzbuch, 2. Auflage, Zürich 1997 (zit. Kommentar).
- Gerechtigkeit im Fehlurteil, in: ZStrR 2000 S. 1 ff.
- TRÖNDLE HERBERT / FISCHER THOMAS Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kurzkommentar, 54. Aufl., München 2007.
- VON LINSTOW BERNHARD Berechenbares Strafmass, eine neue Methode der Strafzumessung am Beispiel wichtiger Verkehrsdelikte, Diss. München 1972.
- WIPRÄCHTIGER HANS Strafmessung und bedingter Strafvollzug, in: ZStrR 1996 S. 422 ff.

Abkürzungsverzeichnis

AJP	Aktuelle Juristische Praxis, Zürich
AmtlBull	Amtliches Bulletin der Bundesversammlung
ANAG	Bundesgesetz über den Aufenthalt und die Niederlassung der Ausländern vom 26.3.1931, SR 142.20
Art.	Artikel
aStGB	Strafgesetzbuch vom 19.12.1937 (geltend bis am 31.12.2006)
AT	Allgemeiner Teil
BAK	Blutalkoholkonzentration
BBl	Bundesblatt
BetmG	Bundesgesetz über die Betäubungsmittel und die psychotropen Stoffe vom 3.10.1951, SR 812.121
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BSK I / II	Basler Kommentar Strafgesetzbuch I / II
BT	Besonderer Teil
EGzStGB	Einführungsgesetz zum StGB
Fiaz	Fahren in angetrunkenem Zustand
Fn	Fussnote
FS	Freiheitsstrafe
GS	Geldstrafe
GSchG	Bundesgesetz über den Schutz der Gewässer vom 24.1.1991, SR 814.20
h.L.	Herrschende Lehre
Hrsg.	Herausgeber
KSBS	Konferenz der Strafverfolgungsbehörden der Schweiz
lit.	Litera (Buchstabe)
MschrKrim	Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform, Köln
N.	Note
NR	Nationalrat
RL	Richtlinie
SJ	Semaine judiciaire, Genève
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung, Zürich
SR	Ständerat
StA	Staatsanwaltschaft
StGB	Strafgesetzbuch vom 21.12.1937 (Fassung 1.1.2007)
StrV BE	Gesetz über das Strafverfahren des Kantons Bern vom 15.3.1995, BSG 321.1
SVG	Strassenverkehrsgesetz vom 19.12.1958, SR 741.01
TS	Tagessätze
UR	UntersuchungsrichterIn
USG	Bundesgesetz über den Umweltschutz vom 7.10.1983, SR 814.01
VBR	Verband Bernischer Richterinnen und Richter
Vi	Vorinstanz
WG	Bundesgesetz über die Waffen, Bestandteile und Munition vom 20.6.1997, SR 514.54
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins, Bern
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik, München
ZStrR	Zeitschrift für Strafrecht, Bern
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Berlin

Kurzfassung

Ausgangspunkt der vorliegenden Arbeit ist die Feststellung, dass die heutige Strafzumessungspraxis den an sie gestellten Ansprüchen nicht nachkommen kann – und zwar auch dann nicht, wenn die Anforderungen erfüllt werden, die die Rechtsprechung des Bundesgerichts an die Urteilsbegründungen der Vorinstanzen stellt. Probleme zeigen sich vor allem in der Rechtsgleichheit (mangelnde Vergleichbarkeit) und der Nachvollziehbarkeit (mangelnde transparente Gewichtung der Umstände) der ergangenen Urteile. Dies vermag zu erstaunen, haben doch verschiedene Autoren bereits vor Jahrzehnten auf diese Probleme hingewiesen und Methoden für ein berechenbares Strafmass skizziert. Eine Untersuchung der dabei vorgeschlagenen Modelle ergibt, dass die streng mathematischen Modelle v.a. deutscher Herkunft im Rechtsalltag keine Wirkung entfaltet haben. Dagegen wurden Ansätze von Normsachverhalten im Bereich des Fahrens in angetrunkenem Zustand als auch die Einsatzstrafen bei Betäubungsmitteldelikten von der Praxis als wertvolle Orientierungshilfen der Strafzumessung aufgenommen. In praktisch allen Kantonen sind zudem im Bereich der Massendelinquenz Strafzumessungsrichtlinien entstanden. Das Bundesgericht erachtet solche Modelle und Richtlinien als sinnvolle Orientierungshilfen, wenn sie nicht starr und schematisch gehandhabt werden. Es verlangt aber nach wie vor von den Vorinstanzen weder die Angabe von Einsatzstrafen noch zahlenmässige Gewichtungen von Strafzumessungsfaktoren.

Aus dieser Situation heraus wird ein eigenes Modell skizziert mit dem Versuch, den angestrebten Zielen der Strafzumessung durch einen rechtsgleichen Einstieg und eine transparente Gewichtung näher zu kommen. Dabei werden einzelne Teile der vorerwähnten Modelle verwendet, teilweise abgeändert und neue hinzugefügt. Vorgeschlagen wird schliesslich eine Einsatzstrafe objektiver Tatschwere, die sich im Vergleich des zu beurteilenden Sachverhaltes mit einem Mustersachverhalt („Referenzsachverhalt“) und der dazugehörenden Referenzstrafe finden lässt. Die anschließende Individualisierung des Strafmasses erfolgt über die Bewertung der übrigen Strafzumessungsfaktoren, was durch das Gericht im konkreten Fall zuerst sprachlich geschieht. Anschliessend wird diese Bewertung für jeden Faktor mit einem vorgegebenen Rahmen von Gewichtungen in Prozenten verglichen und so quantifiziert. Entsprechend dieser Quantifizierung wird die Einsatzstrafe objektiver Tatschwere nach unten oder oben abgeändert.

Bei der Urteilsbegründung wird weitestgehende Übereinstimmung mit der Herleitung des Strafmasses in der Beratung postuliert. Dies bedeutet, dass die Berechnungen, die zur Herstellung des Strafmasses gedient haben, offengelegt werden.

Das vorgeschlagene Vorgehen wird schliesslich anhand von drei konkreten Strafzumessungsbeispielen aus der Praxis Schritt für Schritt überprüft.

Die Arbeit verfolgt das Ziel, unter Berücksichtigung bisher bekannter Strafzumessungsmodelle und Hinzufügen von neuen Elementen einen eigenen Ansatz zu präsentieren, um der Rechtsgleichheit, Vergleichbarkeit und Nachvollziehbarkeit erhöhte Nachachtung zu verschaffen, ohne die Strafzumessung zur exakten Wissenschaft und seelenlosen Tabellenkalkulation werden zu lassen.

I. Strafzumessung und ihre Begründung heute

1. Alltag in der Strafzumessung

Im Rahmen der Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1963 begann der damalige Bundesrichter Hans Dubs seinen Beitrag mit folgendem Beispiel zur Strafzumessung¹:

„M. wird wegen fortgesetzten Diebstahls zu 5 Monaten Gefängnis verurteilt. Über die Strafzumessung heisst es in der Urteilsbegründung, die Deliktsumme sei mit Fr. 400.-- nicht gering; erschwerend falle vor allem ins Gewicht, dass M. sich während verhältnismässig langer Zeit am Arbeitsort (in der Garderobe) zum Nachteil von Arbeitskameraden vergangen habe; überdies sei er rückfällig (Art. 67 StGB); er habe seine Diebereien zuerst geleugnet und nur unter dem Druck der Indizien ein Geständnis abgelegt. Diesen belastenden Umständen werden als Strafminderungsgründe gegenübergestellt: das gute Zeugnis, welches der Arbeitgeber ausstellte, und die Tatsache, dass M. bis zur Hauptverhandlung sämtlichen Bestohlenen den Schaden wieder ersetzt hat. In Abwägung aller dieser Umstände hält das Gericht eine Strafe von 5 Monaten Gefängnis für angemessen.“

Anschliessend wies Dubs auf die unbefriedigende Nachvollziehbarkeit solcher Begründungen hin und stellte sein eigenes Modell einer verbesserten Strafzumessung vor².

Hat sich an dem von Dubs beklagten Zustand in der Zwischenzeit etwas geändert? Ein Blick in die heutige Begründungspraxis der erstinstanzlichen Gerichte ist ernüchternd; Ein wirklicher Fortschritt ist seither kaum erzielt worden. Zur Veranschaulichung dieses Befundes mag fürs Erste ein Auszug aus der Begründung eines Urteils des Kreisgerichts VIII Bern-Laupen aus dem Jahr 2006 dienen:

„Das Ausmass des von K. verschuldeten Erfolges ist mit ca. Fr. 60'000.-- Deliktsbetrag und ca. Fr. 64'000.-- Sachschaden als beträchtlich zu bezeichnen... seine Vorgehensweise zeugt von einem wenig geplanten Vorgehen und mutet eher brachial und plump an...K. beging die Delikte immer vorsätzlich. Das Entzünden des Personenwagens diene dem Zweck, allfällige Spuren zu verwischen. Die restlichen Delikte sind der Beschaffungskriminalität zuzuordnen und entsprechend ist eine leicht verminderte Zurechnungsfähigkeit anzunehmen... (ausführliche Darstellung des Vorlebens und verschiedener Vorstrafen)...K. hat sich in der Voruntersuchung kooperativ und anständig verhalten. Sein Benehmen in der Strafanstalt X. wird als gut bezeichnet und er ist im Umgang mit Vorgesetzten in der Regel höflich und korrekt. Lediglich wenn ihm etwas nicht passt, beschwert er sich lautstark.... K. ist HIV-positiv...hat keinerlei Motivation oder Pläne, um ein abstinentes Leben zu führen... Seine Therapiefähigkeit ist fraglich... zu seinen Kindern wünscht er vermehrt Kontakt...unter Berücksichtigung der dargelegten sachlichen und persönlichen Umstände, aller für die Strafzumessung relevanten Faktoren sowie unter Beachtung vergleichbarer vorangehender Urteile des Kreisgerichts VIII Bern-Laupen erachtet das Gericht eine Strafe von 22 Monaten Gefängnis als angemessen.“³

Derartige Urteilsbegründungen lassen immer noch die gleichen Fragen offen: Warum sind es nicht 10 Monate oder 30? Inwiefern wurde die Kooperation gewichtet, in welchem Ausmass die Tatsache, dass der Angeschuldigte einschlägig vorbestraft war? Welche Bedeutung hatte die Höhe des Deliktsbetrages für die Strafe? Fragen, auf die der Verurteilte damals vom Gericht keine Antworten erhielt und auch heute meistens keine erhalten würde. Auch sein Anwalt oder später seine Bezugspersonen in der Strafvollzugsanstalt werden sie kaum beantworten können⁴. Dabei sind es doch gerade diese Fragen, deren Antwort den Verurteilten verständlicherweise mehr interessieren, als die noch so hochstehenden Abgrenzungen und Subsumtionen zur Frage der Tatbestandserfüllung: „Warum gerade ich so viele Monate, so viele Jahre?“

¹ DUBS, analytische Bewertung, S. 9.

² Dazu hinten, S. 10.

³ Entscheid des Kreisgerichts VIII Bern-Laupen vom 29.11.2006 i.S. K., S 06 2502 Ziff. III.

⁴ Diese nicht beantwortbare Frage motivierte HAUSER zu ihrer Dissertation, HAUSER, Vorwort.

44 Jahre sind seit Dubs vorbei. Sind wirklich keine Antworten möglich? Tatsache ist, dass die Urteilsbegründungen nach wie vor ein verschwommenes Bild von der Entstehung des Strafmasses zeigen. Sie geraten damit zwangsläufig in Konflikt mit den Anforderungen, denen sie von Verfassungs und Gesetzes wegen unterliegen.

2. Anforderungen an die Begründung der Strafzumessung

2.1. Verfassungsrechtliche Ausgangslage

Die Strafzumessung soll zu einer verhältnismässigen Strafe führen, dabei ein Höchstmass von Gleichheit gewährleisten, transparent begründet und damit überprüfbar sein. Sie folgt neben den Grundsätzen der Billigkeit und Rechtsgleichheit insbesondere auch jenem der Nachvollziehbarkeit⁵. Diese lässt sich anhand Begründung der Strafzumessung prüfen.

Der Anspruch auf eine Urteilsbegründung ist als Teilgehalt des Anspruchs auf rechtliches Gehör verfassungsrechtlich verankert (Art. 29 Abs. 2 BV, analog auch Art. 6 Ziff. 1 EMRK). Mit der Begründung wird sichergestellt, dass der Rechtsunterworfenen die Entscheidung versteht und insbesondere auch nachvollziehen kann, warum seiner Argumentation nicht gefolgt worden ist⁶. Die Begründungspflicht zwingt das Gericht, sich von Argumenten leiten zu lassen, die einer Nachprüfung standhalten, was die Gefahr des Einflusses von unsachlichen Motiven vermindert. Die Begründung gibt auch Aufschluss darüber, welche Sachverhalte in Zukunft gleich oder nicht gleich zu behandeln sind, wie der im konkreten Fall beurteilte. Schliesslich setzen eine sachgerechte Argumentation beim Weiterzug (Art. 32 Abs. 3 BV) ebenso wie deren Überprüfung durch die Rechtsmittelinstanz voraus, dass die Argumente der Vorinstanz hinreichend detailliert bekannt sind⁷.

Dies gilt in besonderem Mass auch für die Begründung der Strafzumessung. Dabei kommt aber noch ein Umstand dazu: Das Strafmass wird in der gerichtlichen Urteilsberatung festgesetzt, einem Prozessabschnitt, der in der Regel geheim ist⁸. Das Gegengewicht hiezu bildet die öffentliche Verkündung und Begründung des Urteils⁹. Diese legt offen, wie das Gericht zu dem von ihm festgelegten Strafmass gekommen ist. Den direkt betroffenen Prozesssubjekten, aber auch der Öffentlichkeit wird damit der Blick auf die entscheidenden Faktoren der Strafzumessung gewährt. Ob diese schlüssig ist, kann ausschliesslich anhand ihrer Begründung überprüft werden. Die Urteilsbegründung ist sozusagen das Fenster zur Festlegung des Strafmasses.

Wenn die grosse Bedeutung der Begründung der Strafzumessung grundsätzlich ausser Frage steht, ist damit noch keineswegs gesagt, welche Anforderungen hierfür gelten und wie konkret und detailliert sie ausfallen muss. Im Unterschied zu anderen Rechtsgebieten stellen sich hier besondere Schwierigkeiten, weil letztlich ein Strafmass in Form einer Zahl begründet werden muss, deren Herleitung sich aus Umständen ergibt, die sich zumindest auf den ersten Blick nicht in Zahleneinheiten ausdrücken lassen¹⁰.

⁵ TRECHSEL, Kommentar, N. 3 zu Art. 63 aStGB; BSK StGB I – WIPRÄCHTIGER, N. 10 zu Art. 63 aStGB.

⁶ BGE 121 I 54 E. 2c; 117 Ia 1 E. 3a.

⁷ MÜLLER, S. 537 f.

⁸ für den Kanton Bern: Art. 67 Abs. 1 StrV.

⁹ Art. 30 Abs. 3 BV und Art. 66 Abs. 1 StrV BE.

¹⁰ Ausführlich zum Problem dieses „Verknüpfungsakts“ HAUSER.

Aus diesen Grundsätzen und Besonderheiten ergeben sich bestimmte Anforderungen an die Begründung der Strafzumessung. Diese Anforderungen sind im Wesentlichen in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung entwickelt worden.

2.2. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts

Nach Inkrafttreten des StGB 1942 betonte das Bundesgericht während Jahren, dem Sachrichter stehe bei der Strafzumessung ein weites Ermessen zu. Die vollständige Aufzählung der im konkreten Fall berücksichtigten Strafzumessungsfaktoren erachtete es als nicht zumutbar¹¹. Nur selten befasste es sich mit Fällen wegen angeblicher Verletzung von Art. 63 aStGB: Zwischen 1942 und 1989 wurden in der amtlichen Sammlung nur 16 Fälle publiziert, in denen es um die Frage der Strafzumessung ging, und nur 3 davon wurden ganz oder teilweise gutgeheissen. Die Rechtsprechung zur Strafzumessung war in dieser Zeit sozusagen „eingefroren“¹² und konnte deshalb den kantonalen Instanzen keine Leitplanken zur Strafzumessung vermitteln. Dementsprechend erschöpften sich die Begründungen zur Strafzumessung der erstinstanzlichen Gerichte in dieser Zeit meist in nichtssagenden allgemeinen Floskeln, aus denen dann die als angemessen erachtete Strafe wie von Zauberhand entstand.

Gegenüber dieser Praxis bedeutete die 1990 mit BGE 116 IV 4 eingeleitete und mit BGE 116 IV 288 fortgesetzte Rechtsprechung einen klaren Bruch¹³. Nunmehr verlangte das Bundesgericht, der kantonale Richter müsse „...alle Elemente bezeichnen, auf die sich die Strafzumessung stütze, und zwar so, dass festgestellt werden könne, ob alle massgebenden Gesichtspunkte berücksichtigt worden und wie sie gewichtet worden seien“¹⁴. Die einzelnen Strafzumessungsfaktoren müssten zwar nicht in allen Details aufgeführt werden; aber die Strafzumessung soll so gut wie möglich nachvollziehbar und plausibel gemacht werden¹⁵. Die Nachvollziehbarkeit mache erst die Prüfung möglich, ob sich das Gericht von zutreffenden Punkten habe leiten lassen und ob es diese im Rahmen seines Ermessens gewichtet habe. Bei dieser Gewichtung sei das Gericht indessen nicht verpflichtet, in Zahlen oder Prozentsätzen anzugeben, inwieweit es strafzumessungsrelevante Faktoren erhöhend oder mindernd berücksichtigt habe¹⁶. Der Richter müsse die Strafzumessung aber so ausführlich gestalten, dass erkennbar werde, welche Gesichtspunkte in welchem Sinn berücksichtigt worden seien¹⁷. Seither gehören diese Anforderungen zum Standard der Strafzumessungsbegründung.¹⁸

2.3. Reaktionen der Lehre auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung

Die Lehre hat sich lebhaft mit dieser Rechtsprechungsänderung befasst. Abgelehnt wurde sie vorab von ARZT¹⁹. Die neu vom Bundesgericht verlangte Nennung und Bewertung aller Faktoren führt seines Erachtens in die Sackgasse, weil die geforderte Gleichheit der Resultate am hohen

¹¹ BGE 93 IV 58.

¹² HAUSER, S. 35.

¹³ die Geschichte dieser Praxisänderung ist ausführlich dargestellt in QUELOZ, S. 139 ff., der auch darlegt, dass diese Änderung kein Zufall war, sondern aus verschiedenen Gründen rational erklärt werden kann.

¹⁴ BGE 116 IV 288.

¹⁵ BGE 121 IV 56.

¹⁶ BGE 116 IV 288; 117 IV 112; 118 IV 14; BGE vom 31.8.1995, 6S.49/1995.

¹⁷ BGE 118 IV 14 S. 17.

¹⁸ BGE vom 20.3.2007, 6S.487-490 und 492/2006; vom 24.1.2007, 6S.468/2006; vom 12.1.2007, 6S.427/2006; 127 IV 101 E. 2c.

¹⁹ ARZT, S. 141 ff. und 234 ff.

Individualisierungsgrad der Strafzumessung scheitern müsse. Zudem agiere das Kontrollgericht nur nach dem Mittelbarkeitsprinzip und könne deshalb kaum eine Strafzumessung in vollem Umfang überprüfen. Kritisch zeigte sich auch PIQUÉREZ. Die Strafzumessung sei mit den neuen Anforderungen derart komplex und technisch geworden, dass sich die erst- und zweitinstanzlichen Richter darüber täglich den Kopf zerbrechen würden. Es gehe nicht an, dass sich neben dem gesetzlichen Strafrahmen sozusagen ein zweiter „innerer“ Rahmen entfalte, der bei einem konkreten Fall nicht überschritten werden dürfe. Im Übrigen fürchtet PIQUÉREZ, dass bei der Kontrolle der Strafzumessung eine neue Kriminalpolitik nach der Vorstellung des Bundesgerichts drohe²⁰. LINIGER²¹ fügte an, Verschulden könne nicht zahlenmässig bestimmt werden und es sei unmöglich, die Verbindung zwischen Verschulden und Strafmass zu klären; deshalb habe auch eine gut begründete Strafe stets etwas Irrationales an sich. Wenn sich das Bundesgericht nun in die Strafzumessung einmische und die als richtig erkannte Sanktion zu kennen meine, stelle dies ein unakzeptables Diktat dar. Aus einem andern Grund zeigte sich REHBERG skeptisch. Seines Erachtens bringe die neue Praxis kaum Fortschritte im Hinblick auf die beabsichtigte einheitlichere Strafzumessung. Wenn keine Angabe der Einsatzstrafe und keine Zahlenangaben für die Gewichtung der Umstände verlangt würden, entfalle damit der notwendige Ausgangspunkt für eine über Willkür hinausgehende Überprüfbarkeit der richtigen Gewichtung schuld mindernder und –erhöhender Umstände, ja der Strafzumessung überhaupt²².

Andererseits verteidigte CORBOZ, selber Bundesrichter, die neue Rechtsprechung und wies darauf hin, dass zwischen den Strafzumessungsfaktoren und dem Strafmass oft eine „brutale Passage“, ein „kühner Sprung“ festzustellen sei, woraus sich ein Verlust an Begründung ergebe. Es gehe dem Bundesgericht mit der neuen Praxis darum, über eine gewisse Rationalität in der Strafzumessung zu wachen und dabei die rechtsgleiche Behandlung der Rechtssubjekte zu fördern²³. KILLIAS begrüßte die neue Praxis und wünschte, sie sollte sich noch mehr in Richtung einer Quantifizierung der Strafe entwickeln. Das Strafrecht solle endlich dazu kommen, einzelne Verhaltensweisen zahlenmässig zu gewichten. Es sei unbegreiflich, dass nicht längst auch im Strafrecht analog dem Haftpflicht-, Versicherungs- und Steuerrecht Versuche eingesetzt hätten, die Strafzumessungsfaktoren zu gewichten²⁴.

Nach STRATENWERTH schliesslich sollten schon rechtsstaatliche Gründe gebieten, die Strafe auch in ihrem Ausmass zu rechtfertigen und damit überprüfbar zu machen. Dabei seien die Kontrolle der Faktoren, die bei der Bemessung der Strafe eine Rolle spielen und die Frage der Quantifizierung der als wesentlich erkannten Strafzumessungsgründe zu unterscheiden. Während für die erste Frage grössere Bemühungen Erfolg versprechend erschienen, liessen sich für die zweite kaum gültige Regeln im Sinne fester Strafquanten bilden²⁵.

2.4. Heutige gesetzliche Grundlage

Die heutige Regelung in Art. 50 StGB entspricht der skizzierten Praxis des Bundesgerichts²⁶. Danach soll das Gericht in der Begründung die für die Zumessung der Strafe erheblichen Umstände und deren Gewichtung festhalten. Die Bedeutung dieser Neuerung erschliesst sich durch

²⁰ PIQUÉREZ, S. 260 ff.

²¹ LINIGER, S. 581 und 584.

²² REHBERG, S. 14

²³ CORBOZ, S. 1 f.

²⁴ KILLIAS, S. 52.

²⁵ STRATENWERTH, AT II, § 6 N. 5.

²⁶ STRATENWERTH / WOHLERS, N. 2 zu Art. 50 StGB.

Lektüre der entsprechenden Voten in den parlamentarischen Beratungen. Der Ständerat hatte nämlich in erster Lesung beschlossen, die Angabe der Gewichtung aus Art. 50 VE StGB zu streichen²⁷. Demgegenüber legte der Nationalrat gerade Wert darauf, von den Gerichten eine Gewichtung zu verlangen, damit der Verurteilte die Richtigkeit der Bemessung überprüfen könne²⁸. Dieser Auffassung schloss sich der Ständerat an. Damit wurde letztlich der Version des Bundesrates gefolgt, der die Gewichtung aufgenommen hatte im Willen, die Rechtssicherheit zu stärken und die Transparenz in Strafzumessungsurteilen zu erhöhen²⁹.

Damit ist der bereits höchstrichterlich verlangten Gewichtung durch den Gesetzgeber nochmals deutlich mehr „Gewicht“ verliehen worden.

3. Erfüllt die heutige Praxis die an die Begründung der Strafzumessung gestellten Anforderungen?

Hier ist vorerst an die Zielvorgabe zu erinnern: Die Strafzumessung soll bei einem Höchstmass von Rechtsgleichheit zu einer verhältnismässigen Strafe führen und transparent begründet sein. Ziel ist mithin die verhältnismässige, verschuldensadäquate Strafe, der Weg dazu Rechtsgleichheit und Transparenz.

Aus dem Alltagsbeispiel³⁰ geht hervor, dass der Rechtsgleichheit mit dem bloss abstrakten Verweis auf „andere vergleichbare Fälle“ nicht Genüge getan werden kann. Abgesehen davon, dass die konkreten Vergleichsurteile gar nicht genannt werden, wären sie in der Regel zum Vergleich untauglich, da bei der zugemessenen Strafe nicht zu entnehmen wäre, welcher Anteil davon auf welchen Strafzumessungsfaktor gefallen ist. Das Bundesgericht hat dieses Problem zwar erkannt³¹, nimmt aber selber Bezug auf den „gewöhnlichen Tarif“ (117 IV 112), eine übliche Praxis (117 IV 401) oder auf „gewöhnlich ausgesprochene Strafen“ (120 IV 136), wenn es Strafmasse als zu tief oder zu hoch beurteilt, Hinweise, die in keiner Weise empirisch abgesichert sind³².

Auch dem Gewichtungsgebot und damit der Nachvollziehbarkeit und Transparenz wird bei den kantonalen Gerichten nur zögernd nachgelebt. Die Strafzumessungsfaktoren werden in der Regel wie vor der Praxisänderung 1990 nur aufgezählt. Das Bundesgericht betont zwar immer wieder, dies genüge nicht; die Umstände müssten auch gewichtet werden³³. In der Praxis tut es sich allerdings schwer mit den eigenen Ansprüchen. So reichte ihm neulich die bloss Erwähnung eines Strafzumessungsfaktors ohne Gewichtung aus³⁴. Anderorts begnügte es sich zudem mit der Aufzählung aller erhöhend und mindernd wirkenden Strafzumessungsfaktoren und dem Hinweis, dass das Verschulden des Beschwerdeführers schwer wiege³⁵. Es schloss mit den Worten: „Au vu de ces éléments, la peine infligée de 9 ans de réclusion, au demeurant suffisamment motivée, n’apparaît dès lors pas sévère à un point tel qu’il faille conclure à un abus du large pouvoir d’appréciation accordé aux autorités cantonales. On ne discerne donc aucune violation de l’art.

²⁷ Amtl.Bull SR 1999 S. 1119 Votum Brunner Christiane

²⁸ Amtl.Bull NR 2001 S. 564 Votum Leuthard Doris.

²⁹ MAHAIM, S. 249, mit Verweis auf die Botschaft (BB1 1999 II 2062); HANSJAKOB/SCHMITT/SOLLBERGER, S. 47

³⁰ vorne, S. 1.

³¹ BGE 116 IV 292.

³² BSK StGB I – Wiprächtiger, N. 152 zu 63 StGB.

³³ BGE 116 IV 288

³⁴ BGE vom 24.1.2007, 6S.468/2006; vgl. auch BGE vom 20.3.2007, 6S.490/2006 E. 3.3.: „éléments mentionnés“).

³⁵ BGE vom 14.2.2007, 6P.245/2006.

63 CP“ (E. 7.4). Derartige Formulierungen sind Einladungen an die kantonalen Gerichte, es bei den alten floskelartigen Begründungen belassen zu können, ohne sich zur Gewichtung einzelner Faktoren äussern zu müssen. Berechenbarkeit und Nachvollziehbarkeit der Strafmasse sind auf diese Weise nach wie vor kaum gewährleistet.

Selbst bei einer Gewichtung ist das Gericht nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht verpflichtet, in Monaten oder Prozentsätzen das Mass eines berücksichtigten Strafzumessungsfaktors anzugeben. Bei einer rein sprachlichen Bewertung wird jedoch nicht ersichtlich, wie schwer ein Umstand in der Waagschale wirklich gewichtet hat. Auch bleibt unklar, wie das Bundesgericht eine falsche Gewichtung überprüfen kann, wenn es gar nicht weiss, in welchem Mass ein Strafzumessungsfaktor berücksichtigt oder nicht berücksichtigt worden ist. Das Bundesgericht löst sich gelegentlich selbst aus dieser offensichtlichen Unklarheit mit klaren Zahlenangaben³⁶:

- bei einem Einsatz eines V-Mannes sei eine Reduktion unter 10% angebracht bzw. eine Reduktion von 40% sei keine Ermessensüberschreitung³⁷;
- bei der verminderten Zurechnungsfähigkeit³⁸ habe die Reduktion proportional zur Einschränkung der Zurechnungsfähigkeit zu erfolgen; wenn es auch keine Praxis von Reduktionsfaktoren von 25, 50 und 75% gebe, so müsse doch besonders begründet werden, wenn die Reduktion nicht linear erfolge³⁹;
- ein Geständnis könne eine Reduktion zwischen 1/5 bis 1/3 nach sich ziehen⁴⁰;
- im Entscheid vom 1.2.2007⁴¹ rügte der Beschwerdeführer, die Vi habe den Reduktionsfaktor für die verminderte Zurechnungsfähigkeit nicht angegeben. Das Bundesgericht rechnete vor, dass hier mangels einer zahlenmässigen Angabe des Reduktionsfaktors wohl von 25% ausgegangen werden könne und, wenn man rückwärts rechne und die Strafe mit 1/3 erhöhe, man auf eine virtuelle Strafe komme, die sich immer noch im gesetzlichen Strafraum befände, womit der Ermessensspielraum nicht überschritten worden sei;
- in Fällen retrospektiver Konkurrenz wird die Angabe der zahlenmässigen Grösse der hypothetischen Gesamtstrafe vom Bundesgericht verlangt⁴².

Das Bundesgericht kommt damit der von ihm selber abgelehnten zahlenmässigen Festlegung des „richtigen“ Strafmasses sehr nahe⁴³. Es ist nicht zufällig, dass die Praxis derartige klare Hinweise aufnimmt. Sie finden im Alltag weite Beachtung. Allerdings besteht Unklarheit darüber, von welchem Strafmass aus solche Reduktionen berechnet werden sollen.

Tatsächlich betrifft die Frage der Gewichtung einen ungelösten Kernpunkt der Strafzumessung: jenen der Verknüpfung von Schuld mit einer Strafe, die sich notgedrungen in einer Zahl ausdrücken muss. Für diese Transformation besteht anerkanntermassen kein wissenschaftlich genaues Verfahren. Die Auffassung verschiedener Autoren, dies als systemimmanent anzunehmen, auf Intuition und weites Ermessen zu verweisen und sich gleichzeitig gegen jeden Versuch der Quantifizierung zu wehren⁴⁴, kann jedoch schon nur wegen der Schwere des Eingriffs „Freiheitsentzug“ für die verurteilten Personen nicht befriedigen.

³⁶ STRATENWERTH AT II § 6 N. 91; BSK StGB I-Wiprächtiger, N. 3 zu 66 aStGB.

³⁷ BGE 118 IV 115 bzw. BGE vom 7.7.1995, 6S.206/1995.

³⁸ BGE 129 IV 51; 123 IV 51; 118 IV 1.

³⁹ DONATSCH, S. 121 unten.

⁴⁰ BGE 121 IV 205.

⁴¹ 6S.547/2006.

⁴² BSK StGB I - ACKERMANN, N. 68 zu Art. 68 atGB und dortige Hinweise.

⁴³ STRATENWERTH / WOHLERS, Kommentar, N. 2 zu Art. 50 StGB.

⁴⁴ zuletzt z.B. ALBRECHT, ZStr 2006 S. 78; zur kritischen Haltung ALBRECHTS vgl. hinten S. 12.

Zusammenfassend bleibt festzustellen, dass die heutige Praxis zur Begründung der Strafzumessung den an sie gestellten Anforderungen bezüglich Rechtsgleichheit und Nachvollziehbarkeit kaum nachkommt. Da die verhältnismässige Strafe wesentlich durch Verfahren legitimiert wird⁴⁵, ist sie als Ziel der Strafzumessung dadurch direkt betroffen. Wenn nicht klar wird, wie sie zustande kommt, kann sie auch nicht als billig und verhältnismässig erkannt werden.

4. Offene Fragen

Es gibt sie also nach wie vor, jene „unerträgliche Unsicherheit“⁴⁶, die die Strafzumessung als bedeutende Arbeit im Alltag eines Gerichts belastet. Obwohl die bundesgerichtliche Praxis auf dem Gebiet der Strafzumessung beträchtliche Fortschritte gemacht hat, kann man auch heute noch mit genau denselben untadeligen Zumessungsgründen zu 6 oder 18 Monaten Gefängnis kommen, ohne dass jemand den geringsten rational erfassbaren Fehler nachweisen könnte⁴⁷. Es fragt sich, welche Ansätze möglich und kurzfristig umsetzbar sind, um diese Unsicherheit zu beseitigen oder zumindest zurückzudrängen. Konkret stellen sich dabei folgende Fragen:

1. Rechtsgleichheit der Strafzumessung basiert im Wesentlichen auf Vergleichen mit andern Urteilen. Auf die dabei bestehenden Schwierigkeiten ist hingewiesen worden⁴⁸. Tatsächlich findet jede Vergleichbarkeit an der Individualisierung der Strafe ihre Grenze. Also müsste ein Vergleich der Strafmasse vor deren Individualisierung stattfinden. Wie können frühere Urteile in einem vorindividualisierten Zustand erfasst werden und so zum Vergleich dienen?
2. Gesetz und Rechtsprechung verlangen eine Angabe der Gewichtung der einzelnen Strafzumessungsfaktoren. Wie soll diese Gewichtung konkret erfolgen? Welche Art der Quantifizierung könnte die Strafzumessung besser erkennbar werden lassen?
3. Gibt es Möglichkeiten, eine Brücke zu schlagen bei jener „passage brutal“, jenem „saut hardi“ zwischen der Einschätzung der Strafzumessungsfaktoren und dem Finden des konkreten Strafmasses⁴⁹? Wenn die exakte Transformation von Schuld in eine zahlenmässig bestimmte Strafe nicht erreicht werden kann: Welche anderen Möglichkeiten zur Schaffung von Transparenz und Nachvollziehbarkeit sind denkbar? Welche Funktion könnte dabei der Urteilsbegründung zukommen?

Die Problemstellung ist nicht neu. Die Unerträglichkeit des Irrationalen in der Strafzumessung führte in Lehre und Praxis bereits zu mehreren Versuchen, die Herstellung des Strafmasses berechenbarer und nachvollziehbarer zu gestalten. Im folgenden Kapitel soll solchen Ansätzen nachgegangen werden.

⁴⁵ TRECHSEL, Kommentar, N. 3 zu Art. 3 aStGB.

⁴⁶ STRATENWERTH, Tatschuld und Strafzumessung, S. 4.

⁴⁷ TRECHSEL, ZStrR 2000 S. 8f.; vgl. dazu die Serie von BGE vom 20.3.2007, 6S.487-490 und 492/2006, mit der Schwierigkeit, bei fehlenden Gewichtungen eine erhebliche Urteilsverschärfung in der 2. kant. Instanz auf Bundesrechtskonformität hin zu prüfen.

⁴⁸ Vorne, S. 5.

⁴⁹ CORBOZ, S. 1 ff.

II. Ansätze berechenbarer Strafzumessung

1. Strafzumessung – mehr als eine Frage der Intuition?

Wohl nicht zuletzt aufgrund der langjährigen Zurückhaltung des Bundesgerichts, Strafzumessungen der kantonalen Gerichte näher zu überprüfen⁵⁰, entfalteten sich in der Schweiz nur zögernd Gedanken zu verstärkter Berechenbarkeit der Strafzumessung. Während v.a. ältere Lehrmeinungen den grossen Ermessenspielraum als unabänderlich und sachlich angemessen verteidigten⁵¹, kritisierten andere Autoren die im Bereich der Strafzumessung herrschende Unsicherheit. Die Strafzumessung entziehe sich jeder rationalen Kontrolle und öffne so Ungleichheiten und Willkür Tür und Tor. Ein Blick in die Praxis der Gerichte bestätige dies, unterschieden sich doch nicht nur die Rechtsprechung verschiedener Kantone, sondern sogar die Praxis verschiedener Abteilungen des gleichen Gerichts. Dies könne in einem Bereich, der für den Verurteilten ohnehin wichtiger sei als die Frage der rechtlichen Subsumtion unter diesen oder jenen Tatbestand, kaum mehr akzeptiert werden⁵².

KUNZ beklagt vorab, dass die Dogmatik der Strafzumessung keinerlei Einfluss auf die Praxis der Strafzumessung in den Gerichten habe. Noch schlimmer: Die Dogmatik werde dazu benützt, die wahre Strafzumessungsmethode zu verschleiern. Umgekehrt gelte die Zumessungspraxis der Gerichte dem Dogmatiker als rückständig, weil sie rein intuitiv, orientierungslos und unregelmässig ausgeübt werde. Allerdings: Die Zumessungstheorie habe auch keine Rezepte zur Überwindung anzubieten⁵³.

HAUSER fasst 1985 den Stand der Lehre und Rechtsprechung zur Strafzumessung so zusammen: „In der Lehre und Rechtsprechung herrscht die Vorstellung, dass in der Strafzumessung eine aus den Strafzumessungstatsachen ableitbare Schuld in ein ihr entsprechendes Strafmass umgewandelt wird. Diese Verknüpfung erscheint in der h.L und der Rechtsprechung als ein flüchtiges gedankliches Konzept, das sich, geschützt vom richterlichen Ermessen, jedem Zugriff entzieht. Folglich bricht die Argumentation – wo der Verknüpfungsakt überhaupt diskutiert wird – spätestens beim Abwägen der strafzumessungsrelevanten Faktoren ab“⁵⁴. HAUSER zieht daraus den Schluss, dass allein in den mathematischen Strafzumessungsmodellen die Verknüpfung in der Gestalt einer mathematischen Operation eine intersubjektiv fassbare Konkretisierung erfahre. Ein konkretes Modell stellt sie dabei nicht vor, sondern begnügt sich mit der Darstellung der Grundstruktur, prinzipieller Fragen und allgemeiner Vorteile der mathematischen Strafzumessung⁵⁵.

Strafzumessung legt die Rechtsfolge eines festgestellten Normbruchs fest. Hier zeigt sich, wie der Rechtsstaat auf eine Verletzung der von ihm geschützten Rechtsgüter reagiert, wobei verschiedene Theorien zu Sinn und Zweck der Strafe zum Tragen kommen, sei es die Vergeltung, die Bewährung der Rechtsordnung oder die Prävention⁵⁶. Offensichtlich handelt es sich dabei um eine der wichtigsten Aufgaben im ganzen Prozess, sozusagen die Krönung⁵⁷ des ganzen Verfah-

⁵⁰ vorne S. 3.

⁵¹ HAFTER, S. 343; vgl. aber auch ALBRECHT, ZStrR 2006 S. 78, wonach der Vergleich mit andern Fällen „intuitiv“ erfolgt.

⁵² TRECHSEL, Kommentar, zit. in QUELOZ S. 143 Fn. 28; DUBS, S. 9 und 20.

⁵³ KUNZ, S. 225.

⁵⁴ HAUSER, S. 40.

⁵⁵ HAUSER S. 158.

⁵⁶ Allgemein zu den Straftheorien vgl. BSK StGB I-WIPRÄCHTIGER, N. 21 ff. zu Art. 63 aStGB.

⁵⁷ HAAG, Strafzumessung, S. 13, unter Verweis auf SPENDEL.

rens. Ohne Erlass einer Sanktion bleibt im Falle eines Schuldspruchs alles Vorangegangene blosses Stückwerk. Umso erstaunlicher ist, dass sich die Strafrechtslehre mit der Strafzumessung vergleichsweise marginal befasst. In Deutschland hat BRUNS auf das Missverhältnis zwischen der dogmatischen Vertiefung und Verfeinerung der Schuldfrage und der „primitiv oberflächlichen Behandlung der Straffrage“ hingewiesen⁵⁸. In der schweizerischen Literatur finden sich in den Lehrbüchern und Kommentaren zum Allgemeinen Teil des StGB zwar einige Ausführungen zu den einzelnen Strafzumessungsfaktoren⁵⁹. Eine selbständige Dogmatik zur Frage, welche Faktoren wie zu berücksichtigen sind und - vor allem - wie ein festgestelltes Mass von Verschulden in ein Strafmass umgesetzt wird, existiert demgegenüber nicht⁶⁰. Der Verknüpfungsakt bleibt für die Lehre offensichtlich kaum fassbar. Dementsprechend existieren nur wenige Arbeiten, die sich speziell mit der Strafzumessung auseinandersetzen. Im Allgemeinen schweigt die Theorie „...und entsprechend hilflos ist die Praxis“⁶¹. Dies gilt jedoch, wie die nachfolgende Ausführungen zeigen, nicht überall.

2. Modelle berechenbarer Strafzumessung

2.1. Deutsche Modelle

Im deutschen Rechtskreis ausserhalb der Schweiz finden sich früh schon Versuche, Strafmass berechenbar zu machen. Erste Ansätze gehen auf das Jahr 1932 zurück, als GRASSBERGER⁶² forderte, man solle die Strafzumessungsentscheidung an Rechenregeln binden. Ausgehend von einer Normalstrafe sollten Faktoren wie Vergeltungsintensität, Schuldhöhe, Beeinflussbarkeit des Angeklagten etc. mathematisch gewichtet und im Multiplikationsverfahren zur Strafzumessung verwendet werden.

In den siebziger Jahren war sich in Deutschland die herrschende Lehre darin einig, dass es die irrationalen Einflüsse in der Strafzumessung zurückzudrängen und die Strafzumessung berechenbarer zu gestalten gelte⁶³. Es entwickelte sich eine rege Diskussion über die Frage nach dem Mass der verbleibenden Irrationalität⁶⁴. Am radikalsten erwiesen sich dabei die mathematischen Modelle von HAAG, VON LINSTOW und BRUCKMANN.

1970 stellte HAAG der damals aktuellen Kritik an der Ungleichmässigkeit der Strafzumessungspraxis ein Modell entgegen, das auf operations-research-Methoden beruhte⁶⁵. Haag geht von einer Normalstrafe mittlerer Tatschwere aus, die er als das geometrische Mittel der unteren und oberen Strafrahmengrenze definiert. Die Schwere der Straftaten und das Mass der Schuld werden anhand von Verfahren zu skalieren versucht, die im Bereich der Wahrnehmungs- und Einstellungspsychologie entwickelt wurden.

Die Idee von VON LINSTOW basiert darauf, dass sämtliche möglichen Strafzumessungstatsachen (bei Fiaz z.B. BAK, Fremd- und Eigenschaden, Länge der Fahrt, Gefährlichkeit, Verkehrsdichte, Ordnungswidrigkeit, Mitverschulden, Fahrvorsatz, Zweck der Fahrt, Vorstrafen etc.) aufgelistet

⁵⁸ BRUNS, Strafzumessungsrecht, S. 9.

⁵⁹ am ausführlichsten STRATENWERTH AT II § 6 und BSK StGB I – WIPRÄCHTIGER, Kommentar zu Art. 63 aStGB

⁶⁰ Mit Ausnahme von HAUSER; anders in Deutschland, z.B. BRUNS und SCHÄFER.

⁶¹ ARZT, S. 144.

⁶² GRASSBERGER, S. 80 f.

⁶³ Vgl. die harsche Kritik an der intuitiven Strafzumessung bei VON LINSTOW, S. 1-4.

⁶⁴ Details vgl. HAUSER, S. 4 ff.

⁶⁵ HAAG, S. 15 f.

und mit möglichst vielen Schweregraden versehen, bewertet und mit einer Merkmalsendzahl versehen werden. Mit Hilfe von mathematischen Verknüpfungsregeln wird eine Strafhöhezahl errechnet und diese durch allgemeine Entscheidungsregeln zur Endstrafe weiterentwickelt⁶⁶. Ähnlich, aber weniger ausdifferenziert ist das Modell von BRUCKMANN: Strafzumessung erfolgt nach der Formel $(a \times b) \pm c = \text{Strafe in Monaten}$, wobei a als Faktor für die Gefährlichkeit, b für die Sozialwidrigkeit des Täters und c für Täter-Opferbeziehung stehen⁶⁷.

Die „mathematischen“ Modelle fanden keinen Niederschlag in der Praxis. Kein einziger Entscheider setzte sich mit ihren Formalisierungsansätzen auseinander. In der Doktrin erwuchs ihnen grundsätzliche Kritik, allen voran durch Winfried HASSEMER. Die bisherigen Formalisierungsansätze gehen nach seinem Dafürhalten von einem verengten Rationalitätsbegriff aus, der den Richter aus der Retorte entwirft und die realen Bedingungen menschlichen Entscheidungsverhaltens ignoriert. Zu beachten sei der Unterschied zwischen Herstellung und Darstellung eines richterlichen Urteils. Die Formalisierungsbestrebungen operierten ausschliesslich auf der Darstellungsebene, nicht auf der Entscheidungsebene⁶⁸. KÖBERER vertrat im Jahre 1996 – sinnigerweise mit dem Titel „Iudex non calculat“ - die Meinung, Tatschuld lasse sich nicht als Variable auf einer Skala darstellen. Die Berechnung einer Durchschnittsstrafe erweise sich als unmöglich, und der Graben zwischen Tatbestand und Rechtsfolge könne auch nicht mathematisch oder formalisiert aufgefüllt werden⁶⁹.

In der Schweiz sind derartige mathematisch ausgeklügelte Modelle nie diskutiert worden. Das mag zum einen daran liegen, dass möglicherweise zufolge der beschriebenen Zurückhaltung des Bundesgerichts beim Eingreifen in die Strafzumessung die Dogmatik diesbezüglich weit weniger entwickelt war als in Deutschland. Zum andern steht in der Schweiz die Lehre von der Tradition her derart ausgeklügelten Modellen eher skeptisch gegenüber. Hierzulande hat, wie das Bundesgericht zuletzt in BGE 127 III 80 E. 5f formuliert hat, „seit jeher eine einfache und praktische Rechtsauffassung vorgeherrscht“⁷⁰. Dennoch finden sich auch in der schweizerischen Doktrin Ansätze zu einer berechenbaren Strafzumessung.

2.2. Die analytische Bewertung von Dubs

Einen ersten Vorschlag für eine rationale Strafzumessung entwickelte im Jahre 1963 der damalige Bundesrichter Hans DUBS. Er geht dabei von der Festsetzung einer „Normalstrafe“ aus, die der Schwere der konkreten Tat entspricht und sich in Vergleichen mit ähnlichen Fällen bestimmt. Sie wird in Monaten ausgedrückt. Anschliessend werden die strafehöhenden und –mindernden Faktoren in Prozenten der Normalstrafe angegeben und so die Gesamtstrafe berechnet⁷¹.

Tatsächlich wirkt der Vorschlag von DUBS nicht ausgereift. Das wollte DUBS aber auch nicht. Es ging ihm damals bloss um einen Denkanstoss. Das gelang ihm nachhaltig: Noch 43 Jahre später wird er in der Literaturliste namhafter Autoren aufgeführt⁷², ein Beweis dafür, dass das Problem offenbar nach wie vor der Lösung harret.

⁶⁶ VON LINSTOW, S. 4-10.

⁶⁷ BRUCKMANN, S. 30 ff.

⁶⁸ HASSEMER W., ZStW 1978 S. 92 oben.

⁶⁹ KÖBERER, S. 173 f.

⁷⁰ Inwiefern dies damit zu tun hat, dass die Schweiz historisch anderen Erfahrungen ausgesetzt war als Deutschland und deshalb weiten richterlichen Ermessensspielräumen offensichtlich weniger kritisch gegenübersteht, kann an dieser Stelle nicht weiter vertieft werden.

⁷¹ DUBS, analytische Bewertung, S. 22.

⁷² STRATENWERTH AT II, Lit.verzeichnis S. 173.

2.3. Trechsels Modell für die Strafzumessung bei Fiaz

Nach Hinweisen auf die Problematik gängiger Urteilsabwägungen zur Strafzumessung forderte TRECHSEL bereits 1975 eine rationellere Strafzumessung. Er kritisiert vorab das Abstellen auf die Tradition und die Praxis des Gerichts in ähnlichen Fällen, die nie genau bekannt seien und wenn, nur dem Gericht in Form eines „geheimen Metermasses“⁷³.

TRECHSELS Modell geht im Bereich Fiaz von einem definierten „Normsachverhalt“ aus: Es wird angenommen, der Täter habe einen Anlass besucht und dort Alkohol konsumiert, obwohl er wusste, dass er noch nach Hause fahren würde. Er sei mit seinem Personenwagen auf verkehrsarmer Strecke 5 km weit unauffällig nach Hause gefahren. Bei einer Routinekontrolle sei eine Blutprobe angeordnet worden, die eine BAK von 1,4 Prom. ergeben habe. Weitere klinische Zeichen der Angetrunkenheit habe der Arzt nicht festgestellt. Der Täter geniesse einen guten Leumund und sei abgesehen von drei Bussen unter Fr. 100.-- nicht vorbestraft. Für diesen Fall wird eine Norm-Strafe von einem halben Monatslohn (brutto) eingesetzt. Diese Norm-Strafe wird als 100% bezeichnet, wovon je nach Gefährlichkeit der Fahrt, Tatverschulden und persönlichen Verhältnissen prozentuale Abweichungen in einer Bandbreite (z.B. +/- 40%) postuliert werden.

Der Vorschlag von TRECHSEL, deutlich einfacher und der Praxis näher als die mathematisierten Vorschläge von HAAG und VON LINSTOW, hat insofern Auswirkungen bis heute, als sein Normsachverhalt Eingang in die Richtlinien des Verbandes Bernischer Richterinnen und Richter fand⁷⁴.

2.4. Das Modell von Frei und Ranzoni

1995 publizierten die beiden Gerichtsschreiber aus St. Gallen einen Lösungsvorschlag im Bereich des BetmG⁷⁵, der versucht, die Strafzumessungsbegründung durch Bildung von Einsatzstrafen für bestimmte Drogenhändlertypen zu verbessern. Die Einsatzstrafen gehen primär von der Stellung der Täter in der Hierarchie des Drogenhandels aus, für die die Kategorien „Nichtsüchtige Händler“, „Internationale Grosshändler“, „Transporte und andere Dienstleistungen“ und „Süchtige Händler“ bestehen.

Diese Kategorien verfeinern Frei/Ranzoni mit Unterkategorien, denen sie charakteristische Umstände und Kriterien eines Regelfalls zuordnen. Als Beispiel erwähnt sei in der Kategorie „Nichtsüchtige Händler“ die Unterkategorie „Nichtsüchtige Händler unterster Kategorie“ mit dem Charakteristikum, dass diese die Betäubungsmittel direkt an die Konsumenten oder in eher geringen Mengen gegen Bezahlung oder auf Kommission an Gassendealer liefern und sich in ihrer Tätigkeit auf die Region beschränken. Kriterien des Regelfalls sind Einzelabgaben von wenigen Gramm, eine Gesamtmenge im Bereich von 200g Heroingemisch, Gelegenheitsdealer, keine grosse kriminelle Energie, als Zweck die Finanzierung des Lebensunterhalts, ohne dass Bandenmässigkeit vorliegt. Dafür sieht das Modell eine Einsatzstrafe von 2 Jahren vor.

Erhöhungen sind vorgesehen bei besonderer Intensität der Tätigkeit, einer grösseren Gesamtmenge oder bandenmässigem Handeln. Demgegenüber rechtfertigt sich eine Strafherabsetzung

⁷³ TRECHSEL, S. 85 ff.

⁷⁴ dazu hinten, S. 14.

⁷⁵ FREI/RANZONI, AJP 11/1995 S. 1439 ff.

beim Vorliegen nur weniger Einzelhandlungen oder bei einer nicht selbst verschuldeten oder mit Blick auf die Familiensituation als bedrängend empfundener finanzieller Notlage⁷⁶.

WIPRÄCHTIGER führt zum Modell von FREI/RANZONI aus, derartige Anregungen, die Strafzumessung zu standardisieren, seien „geeignet, zu mehr Gerechtigkeit zu führen, und zwar insofern, als damit genauer gesagt werden kann, auf welche Tatsachen sich die Strafzumessung stützt und wie sie bewertet worden sind. Der Kassationshof hat die Aufgabe, derartige Richtlinien auf ihre Verträglichkeit mit Art. 63 StGB zu überprüfen“⁷⁷.

ALBRECHT seinerseits kritisiert das Modell mehrfach⁷⁸. Der Ansatzpunkt der Hierarchie im Drogenhandel sei verfehlt, da er eine Hierarchie voraussetze, von der unklar sei, ob sie überhaupt existiere und wie sie aufgebaut sei. Für die vorgeschlagenen Einsatzstrafen fehle jede Begründung, ausser, dass sie sich an die Praxis der Strafkammer des Kantonsgerichts St. Gallen anlehnten. Zudem führe die so begründete „Grämmli-Justiz“ zu generalpräventiv überhöhten Strafen und einer Vernachlässigung spezialpräventiver Gesichtspunkte. Letztlich ändere sich am Ausmass der Irrationalität der Strafzumessungsentscheidung nichts. Generell sei eine Typisierung von Strafhandlungen im Bagatellbereich zwar erwünscht; im Bereich längerer Freiheitsstrafen fordere Art. 63 aStGB jedoch eine Individualisierung des Strafmasses.

Ungeachtet dieser Kritik steht ausser Frage, dass die beiden Autoren mit der Publikation ihrer Richtlinie eine wichtige Diskussion in Gang gebracht haben. Erstmals wurde der Versuch gewagt, über eine Typisierung von Regelsachverhalten einen Einstieg in die weiten Strafrahmen zu finden. Nachteilig erscheint, dass die Strukturen der Hierarchie im Drogenhandel oft nicht durchsichtig werden und als Hauptkriterium für die Einsatzstrafe deshalb als eher gewagt erscheinen. Für das Mass der (hohen) Einsatzstrafen ist ferner kein objektiver Grund ersichtlich. Fraglich ist ferner das Abstellen auf die gemischte Menge im Unterschied zur „Tabelle Hansjakob“ (dazu sogleich, Ziff. 2.5.), nachdem das Bundesgericht zur Annahme des qualifizierten Falles auf der reinen Menge basiert und es sich bei der Drogendelinquenz um abstrakte Gefährdungsdelikte handelt⁷⁹, bei denen der Täter nicht im Detail um das genaue Ausmass der Gefährdung wissen muss.

2.5. „Tabelle Hansjakob“

1997 publizierte HANSJAKOB die Resultate einer Umfrage bei den Kantonen zur Strafzumessung bei Widerhandlungen gegen das BetmG⁸⁰. Ausgehend von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung für den mengenmässig schweren Fall bei harten Drogen⁸¹ präsentiert HANSJAKOB beim Heroin- und Kokainhandel einen Tarif von Fixpunkten, der unterhalb der Grenze zum schweren Fall linear, oberhalb dagegen exponentiell verläuft und bei einer Verachtfachung der gehandelten reinen Drogenmenge zu eine Verdoppelung der Strafe führt. Die genannten Strafen betreffen Verkäufe durch nicht geständige, nichtsüchtige Händler. Abweichungen gegen oben oder unten ergeben sich z.B. durch andere Tathandlungen (z.B. blosser Transport), die Zahl der Geschäfte und die persönlichen Umstände wie Vorstrafen etc.

⁷⁶ FREI/RANZONI, AJP 11/195 S. 1442.

⁷⁷ BSK StGB I – WIPRÄCHTIGER, N. 137 zu 63 aStGB.

⁷⁸ AJP 1996 S. 369 ff.; ZStrR 1998 S. 419 ff.

⁷⁹ BetmG-Kommentar ALBRECHT, Bern 1995, N. 29 ff. zur Einleitung, zit. in FREI/RANZONI AJP 1995 S. 1441 Fn.

14.

⁸⁰ HANSJAKOB, ZStrR 1997 S. 233 ff.

⁸¹ BGE 109 IV 145.

ALBRECHT hat auch diesem Modell vorgeworfen, „Grämmli-Justiz“ zu betreiben⁸². Differenzierter setzen sich FINGERHUTH/TSCHURR damit auseinander⁸³. Sie kommen nach ausführlichem Abwägen zum Schluss, dass das Modell als Vergleichsrahmen überzeuge. Der sinnvollen, wenn nicht sogar notwendigen Vergleichsmöglichkeit soll dieser Rahmen zumindest solange dienen, als von der Gerichtspraxis kein anderer oder besserer angewandt werde⁸⁴.

Das Modell Hansjakob vermeidet die Probleme von Frei/Ranzoni: Der Einstieg erfolgt nachvollziehbar über die Drogenmenge statt über eine meist unklare Hierarchie. Daraus leiten sich die Einstiegsstrafen tabellenartig ab und berücksichtigen dabei die Rechtsprechung des Bundesgerichts, wonach die genaue Drogenmenge immer weniger Bedeutung erlange, je höher sie sei. Die Kritik am Abstellen auf der reinen Menge erscheint nicht gerechtfertigt, da die Menge lediglich zum Einstieg dient und alle andern Strafzumessungsfaktoren zusätzlich zu berücksichtigen sind. Die reine Menge hat gegenüber der gemischten zudem den Vorteil, dass sie sich am „schweren Fall“ der Rechtsprechung verankern lässt.

Im Kanton Bern richtet sich ein überwiegender Teil der erstinstanzlichen Gerichte nach der „Tabelle Hansjakob“, teilweise offen, indem Einsatzstrafen direkt darauf abgestützt werden, teilweise ohne sie zu erwähnen, wie eine nicht repräsentative Umfrage des Autors ergab⁸⁵. Bei der 1. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Bern wird die Tabelle häufig als Vergleichsrahmen erwähnt⁸⁶, während einem neueren Entscheid der 2. Strafkammer zu entnehmen ist, dass die Kammer „formalistische oder lineare Strafzumessungen stets ablehnt und nicht etwa auf Thomas Hansjakob (...) abstellt“⁸⁷.

2.6. Die Strafzumessungstechnik von Hans Mathys

Erwähnenswert ist sodann das Strafzumessungsmodell von Hans Mathys, der ein Strafzumessungsmodell vorstellt, das auf der Unterscheidung zwischen tatbezogenen und täterbezogenen Kriterien beruht⁸⁸.

Ausgangspunkt ist die objektive Tatschwere (Deliktsbetrag, Drogenmenge etc.), die rein sprachlich mit „leicht“, „mittel“ oder „schwer“ bewertet wird. Diese Bewertung wird anschliessend mit dem subjektiven Verschulden (täterbezogene Elemente, die mit der konkreten Tat selber zu tun haben, z.B. Motiv, achtenswerte Beweggründe, verminderte Zurechnungsfähigkeit) präzisiert. Auch dabei ist jede einzelne Komponente sprachlich zu bewerten. Anschliessend ist das Gesamtverschulden (bestehend aus Tatschwere und subjektiven Verschuldenselementen) zusammenfassend einzuschätzen und zu bewerten („äusserst leicht“, „leicht“, „mittelschwer“ etc.).

In einem nächsten Schritt werden die täterbezogenen Kriterien aufgezählt und bewertet, die von der konkreten Tat selber unabhängig sind (Vorleben, Geständnis etc.), aber die schuldangemessene Strafe für das Delikt verändern können. Schliesslich ist zu entscheiden und zu begründen, ob und inwiefern sich die schuldbezogene Bewertung aufgrund der verschuldensunabhängigen

⁸² ALBRECHT, ZStrR 1998 S. 421.

⁸³ FINGERHUTH/TSCHURR, S. 381-386.

⁸⁴ FINGERHUTH/TSCHURR, S. 384 f. N. 26 und 28.

⁸⁵ Umfrage des Autors vom März 2007 bei 11 KreisgerichtspräsidentInnen des Kantons Bern.

⁸⁶ Etwa im Entscheid vom 19.10.2006 i.S. T., SK 06 352.

⁸⁷ Entscheid vom 3.3.2006 i.S. B., SK 05 342.

⁸⁸ SJZ 2004 S. 173 ff.

Umstände verändert und ob es gerechtfertigt ist, den ordentlichen Strafraum nach unten oder oben zu überschreiten.

Das Modell sensibilisiert für die Reihenfolge der Prüfung der Tat- und Täterkomponenten und unterscheidet verschuldensabhängige und –unabhängige Faktoren. Es spricht sich klar für eine Bewertung und nicht bloss Aufzählung der Elemente aus. Ein Nachteil des Modells ist, dass die Bewertung rein sprachlich (leicht, mittel etc.) erfolgt und damit die Verknüpfungproblematik nicht gelöst wird und wiederum ein „saut hardi“ erfolgen muss, wenn auch diesmal aufgrund bewusst eingesetzter sprachlicher Gewichte.

2.7. Richtlinien für die Strafzumessung bei Massendelinquenz

In den meisten Kantonen sind im Laufe der Jahre Empfehlungen oder Richtlinien für die Strafzumessung bei Massendelikten entstanden. Sie sind auf die jeweilige kantonale Strafgerichtsorganisation ausgerichtet und deshalb unterschiedlich bezüglich Regelungsthemen und Strafhöhen⁸⁹.

Im Kanton Bern gebräuchlich sind die Richtlinien des Verbandes Bernischer Richterinnen und Richter (VBR). Sie haben eine lange Tradition: Bereits vor 30 Jahren gab es erste Ansätze, einzelne häufig auftretende Delikte im Bereich des SVG, wie z.B. Fiaz, gleichmässig zu beurteilen. In den nachfolgenden Versionen von 1996 und 1999 wurden die Themen ausgedehnt: Neu hinzu kamen Strafbestimmungen im Bereich ANAG, BetmG, Transport-, Gastgewerbe-, Fischerei-, Jagd- und Vogelschutz-, Bevölkerungs- und Zivilschutz-, AHV-, Umwelt- und Gewässerschutz- und Volksschulgesetz. Die neuste Auflage vom 8.12.2006 erweiterte die Richtlinien nochmals (Pornographie) und passte sie dem neuen AT zum StGB an.

Die KSBS hat ihrerseits per 1.1.2007 ihre gesamtschweizerischen Richtlinien neu formuliert und wesentlich ausgeweitet. Nunmehr stehen Richtlinien in den Bereichen SVG (Geschwindigkeit und Fiaz), BetmG und ANAG zur Verfügung⁹⁰.

3. Zulässigkeit solcher Strafzumessungsmodelle vor Art. 47 StGB

Alle vorgestellten Modelle der Strafzumessung haben eines gemeinsam: Sie verengen die Strafraum der Tatbestände. Damit stehen sie in einem Spannungsfeld zum Legalitätsprinzip; denn das dem Gericht durch Art. 47 StGB gewährte Ermessen für die Bestimmung der Strafe nach dem Verschulden bezieht sich auf den gesamten gesetzlichen Strafraum. Diese Frage kann hier nicht weiter vertieft werden. Immerhin hielt das Bundesgericht dazu 1996 am Beispiel des Modells von FREI/RANZONI fest, dass die Entwicklung einer Praxis bei der Strafzumessung im Betäubungsmittelhandel mit differenzierten Einsatzstrafen nicht zu beanstanden sei; damit wolle die Vorinstanz zu mehr Rechtsgleichheit und Rechtssicherheit beitragen und die Strafzumessung transparenter und überprüfbarer gestalten. „Gegen derartige Straftaxen ist jedenfalls dann nichts einzuwenden, wenn sie nicht starr und schematisch angewendet werden, wenn sie also lediglich Richtlinienfunktion haben und dem Richter als Orientierungshilfe dienen, ohne ihn zu binden oder zu hindern, eine seiner Überzeugung entsprechende schuldangemessene Strafe im Sinne von Art. 63 StGB auszusprechen. Eine schematische Anwendung eines abstrakten Einsatzstra-

⁸⁹ vgl. Anhang S. 41

⁹⁰ http://www.ksbs-caps.ch/pages_d/aktuelles_d.htm.

fenkatalogs würde dagegen Bundesrecht verletzen⁹¹ (E. 2c). Diese Rechtsprechung ist seither mehrfach bestätigt worden⁹².

Ähnlich äusserte sich das Obergericht des Kantons Bern in einem Entscheid vom 9.3.2000 zu den Richtlinien des VBR: „(...). Es handelt sich dabei also nicht etwa um einen Bussentarif wie z.B. in der Ordnungsbussenverordnung. Prinzipiell sollte der Richter bei der Strafzumessung von den Richtlinien ausgehen, aber daneben alle Tatumstände berücksichtigen. Er ist frei, von den Richtlinien abzuweichen, sollte dies aber nur tun, wenn es dafür zwingende objektive oder subjektive Gründe gibt (...). In diesem Rahmen angewendet leisten die Richtlinien des VBR einen wichtigen Beitrag zu einer rechtsgleichen Strafzumessung; ihre Anwendung durch alle Strafgerichte im Kanton Bern ist daher zu begrüssen.“⁹³. Auch hier kann von einer konstanten und unangefochtenen Praxis gesprochen werden⁹⁴.

Daraus kann geschlossen werden, dass solche Modelle unter der Voraussetzung, dass sie das Gericht nicht binden und nicht starr oder schematisch angewendet werden, als Orientierungshilfen verwendet werden können und als solche vor Art. 47 StGB standhalten. Gleichzeitig bedeutet die bundesgerichtliche Rechtsprechung eine klare Absage an mathematische Modelle, die das Gericht mit ihrer formelhaften Berechnung des Strafmasses verbindlich leiten.

Auch zur „Tabelle Hansjakob“ erklärte das Bundesgericht in Übereinstimmung zum Modell Frei/Ranzoni, der Tarif vermöge den Richter nicht zu binden, sei aber „...pas sans intérêt et peut être, selon les circonstances, un élément utile d’orientation“⁹⁵. Dagegen lehnte es im Jahr 2004 zwei Beschwerden ab, in denen verlangt worden war, die Strafe sei gestützt auf die Tabelle Hansjakob herabzusetzen. Das Bundesgericht erklärte, die Tabelle sei nicht anwendbar und verneinte eine Pflicht der Gerichte, solche Modelle beizuziehen⁹⁶.

Dies wirft die Frage nach der Verbindlichkeit solcher Orientierungshilfen auf. Wie ist es unter dem Gesichtspunkt der Rechtsgleichheit zu beurteilen, wenn die überwiegende Zahl der Gerichte eines Kantons oder der Abteilungen eines Gerichts die VBR-Richtlinien benützt, andere dagegen bewusst nicht? Offensichtlich müsste das Gericht, das die Richtlinien nicht anwendet, begründen, warum es von ihnen abgewichen ist. Ergibt sich daraus nicht bereits eine gewisse Pflicht zur Beachtung dieser Richtlinien? Dieser Frage kann in diesem Rahmen nicht weiter nachgegangen werden. Die Aussage, eine Abweichung von weitherum konstant angewendeten Richtlinien sei jederzeit möglich, müsste immerhin dahingehend präzisiert werden, dass dies nur bei entsprechender Begründung möglich ist.

4. Fazit

Die Bemühungen um bessere Vergleichbarkeit und Transparenz haben in der Schweizer Gerichtspraxis v.a. durch die Strafzumessungsrichtlinien im Bereich der Massendelinquenz ihren Ausdruck und ihre grosse Verbreitung gefunden. Diese Richtlinien haben es gezeigt: Strafzumes-

⁹¹ 6S.769/1995.

⁹² BGE vom 9.9.1996, 6S.560/1996; BGE vom 1.4.2001, 6P.18/2001; BGE vom 3.2.2005, 6S.350/2004.

⁹³ SK 044/I/2000.

⁹⁴ Entscheid SK/478/2004 vom 10.2.2005 S. 10; vgl. ferner den Entscheid der Anklagekammer des Obergerichts des Kantons Bern vom 29.2.2005, AK/150/2005, publiziert in infointerne Nr. 27 / Sommer 2006, S. 68 ff., http://www.jgk.be.ch/site/og_infointerne27.pdf.

⁹⁵ BGE vom 22.11.1999, 6S.709/1999, E. 3b S. 8.

⁹⁶ BGE vom 17.5.2004, 6S.146/2004 und vom 4.6.2005, 6S. 165/2004

sungsrichtlinien sind für alle Beteiligten nützlich, tragen zur Rechtsgleichheit bei und halten vor Art. 47 StGB stand, wenn sie den Ermessensspielraum des Gerichts nicht zum vornherein einschränken. Sie dürfen nicht zum starren Korsett werden.

Im Unterschied zu den Richtlinien bei Massendelinquenz wird Quantifizierungsversuchen in den Bereichen mittlerer und schwerer Kriminalität immer noch mit Skepsis begegnet. Dies ist kaum verständlich, wenn man sich den heutigen Aufwand vergegenwärtigt, der bei der Berechnung einer Geldstrafe zu treiben ist⁹⁷. Während dort ein vergleichsweise immenser Aufwand zu betreiben ist, möchte man die Zumessung langer FS nach wie vor zu einem guten Teil der Intuition überlassen⁹⁸. In der Tat sind keine Gründe ersichtlich, warum ein ähnliches Vorgehen nicht auch bei mittlerer und schwerer Delinquenz angewendet werden könnte. Natürlich muss erst recht bei diesen Delikten jeder Schematismus vermieden werden. In solchen Fällen stehen aber wegen der gründlicheren Voruntersuchungen wesentlich mehr Informationen zur Verfügung, aufgrund derer die Strafe individualisiert werden kann und muss.

Es stellt sich nun die Frage, inwiefern sich die bisher vorgestellten Modelle eignen, konkrete Lösungen zu den offenen Fragen des Kapitels I zu erarbeiten und inwiefern sie dazu allenfalls abzuändern oder zu ergänzen sind, indem nur Teile davon verwendet werden, andere dagegen nicht.

III. Eigener Ansatz

1. Der Einstieg

Die Forderung nach Rechtsgleichheit und Vergleichbarkeit von Strafen umfasst als ersten wichtigen Teilaspekt den rechtsgleichen Einstieg in den Strafraumen. Dieses Postulat setzt voraus, dass Sachverhalte und Strafen miteinander verglichen werden können. Dabei ist es wichtig, Gleiches nur Gleichem gegenüberzustellen. Das Strafmass setzt sich aus Tat- und Täterkomponenten zusammen. Für einen Vergleich eignen sich vor allem objektive Gesichtspunkte. Es erscheint deshalb sachgerecht, das Strafmass in einen objektiven und einen subjektiven Anteil zu trennen. Unter den ersten fallen die objektiven Teile der Tatkomponente, nämlich das Ausmass des verschuldeten Erfolges und die Art und Weise seiner Herbeiführung. Diese Komponenten werden als „objektive Tatschwere“⁹⁹ bezeichnet. Demgegenüber können die subjektiven Teile der Tatkomponenten - Motive und Beweggründe - und die Täterkomponenten zu diesem Zeitpunkt noch keine Rolle spielen.

Dieses Vorgehen ist erscheint deshalb gerechtfertigt, weil die objektive Tatschwere unbestrittenmassen ein gewichtiges Strafzumessungskriterium ist; innerhalb der Tatkomponente kommt ihr vorrangige Bedeutung zu¹⁰⁰. Es handelt sich dabei um die in Art. 47 Abs. 2 StGB an erster Stelle genannten Faktoren des Verschuldens, nämlich der „Schwere der Verletzung oder der Gefährdung des betroffenen Rechtsgutes“ sowie die „Verwerflichkeit des Handelns“.

⁹⁷ vgl. ARZT, recht S. 244: „Luxusverwaltung der Gerechtigkeit“.

⁹⁸ ALBRECHT, ZStrR 2006 S. 78 f.

⁹⁹ STRATENWERTH AT II § 6 N. 19 u.21; BSK-WIPRÄCHTIGER, N. 52 ff. zu Art. 63 StGB.

¹⁰⁰ HANSJAKOB, zur Strafzumessung, SJZ 1994 S. 58; STRATENWERTH, AT II, § 6 N. 19; SCHÄFER, S. 125 N. 316 ff.: ARZT, S. 152 N. 46; FINGERHUTH/TSCHURR, S.382 N. 19; MATHYS S. 175; Unklar in dieser Beziehung WIPRÄCHTIGER in BSK I N. 60, der unter Hinweis auf Entscheide des Bundesgerichts auch die Motive des Täters zur objektiven Tatschwere zu zählen scheint.

Nachdem geklärt ist, welcher Anteil der Strafe zum Vergleich abgetrennt werden muss, stellt sich als nächstes die Frage, wie ein solcher Strafanteil festgelegt werden kann.

2. Von der Referenzstrafe zur Einsatzstrafe

2.1. Referenzstrafe und Referenzsachverhalte als objektive Bezugspunkte

Wenn eine Strafe der objektiven Tatschwere als Einstieg in die Strafzumessung auch sinnvoll erscheint, wirft sie doch die Frage auf, wie sie denn berechnet werden soll, wenn nicht in jedem Fall auf eine andere Art. Mit einer solchen Strafe wäre wenig gewonnen, weil sie jedes Mal wieder dem grossen richterlichen Ermessen ausgesetzt wäre. Genau aus diesem Grund erwarten Lehre und Rechtsprechung durch eine Einsatzstrafe keine einheitlichere Strafzumessung¹⁰¹.

Soll dieser Mangel beseitigt werden, muss die Strafe objektiver Tatschwere also aus ihrer Fallgebundenheit herausgelöst und mit einer objektiven Bezugsgrösse innerhalb des weiten gesetzlichen Strafrahmens verbunden werden. Die Strafe muss sozusagen einen objektivierten Massstab finden, auf den sie bezogen werden, mit dem sie verglichen werden kann. Für diese zum Vergleich und zum Bezug geeignete Strafe wird nachfolgend der Begriff „Referenzstrafe“ verwendet.

Diese Referenzstrafe steht nicht im luftleeren Raum; sie bezieht sich ihrerseits auf die objektive Tatschwere eines bestimmten Vergleichssachverhalts, der in dieser Arbeit als Referenzsachverhalt bezeichnet wird. Der Referenzsachverhalt ist ein gedankliches Konstrukt und unterscheidet sich dadurch von einem Lebenssachverhalt, der vom Gericht zu beurteilen ist. Wie die Referenzstrafe ist auch der Referenzsachverhalt allgemein, z.B. in Richtlinien, festgelegt.

Die Referenzstrafe unterscheidet sich von der Einsatzstrafe also durch ihren generell-konkreten Charakter. Die Einsatzstrafe dagegen gilt individuell-konkret für die objektive Tatschwere des zu beurteilenden Falles; sie bestimmt sich im Vergleich zur entsprechenden Referenzstrafe und zum entsprechenden Referenzsachverhalt.

Nachfolgend soll auf dieser Basis versucht werden, in den Bereichen mittlerer und schwerer Kriminalität ein System der Strafzumessung zu entwickeln, das auf Muster- oder Vergleichs-sachverhalten (Referenzsachverhalten) und dazugehörigen Strafen (Referenzstrafen) beruht.

2.2. Festlegung von Referenzstrafe und Referenzsachverhalt

2.2.1. Abstrakte oder konkrete Bestimmung der Referenzstrafe?

Die folgenden Ausführungen untersuchen, wie Referenzstrafe und Referenzsachverhalt festgelegt werden sollen. Dabei bestehen theoretisch zwei Möglichkeiten:

- entweder wird einer abstrakt berechneten Strafe mittlerer objektiver Tatschwere ein bestimmter Sachverhalt zugeordnet;
- oder es wird umgekehrt zuerst ein bestimmter Sachverhalt gedanklich definiert und diesem eine Strafe zugeordnet.

¹⁰¹ WIPRÄCHTIGER, ZStR 1996 S. 426 Fn. 16; BGE 118 IV 14 E. 2.

Der Strafraumen eines Tatbestandes kann als Skala betrachtet werden, an deren oberen Ende der Gesetzgeber die denkbar schwersten Fälle und an deren unterem Ende die denkbar leichtesten ansiedeln wollte¹⁰². Naheliegender scheint deshalb vorerst der Gedanke, dass sich die Referenzstrafe mittlerer objektiver Tatschwere als arithmetisches Mittel des Strafraumens berechne. Dieser Strafe wäre dann ein Mustersachverhalt zuzuordnen.

Schon nur ein konkretes Anwendungsbeispiel zeigt, dass die mathematisch-abstrakte Bestimmung einer Referenzstrafe mittlerer Tatschwere eine enorme Erhöhung der heute ausgefallenen Strafen zur Folge hätte. Für die Vergewaltigung nach Art. 190 StGB (Höchststrafe: 10 Jahre, Mindeststrafe 1 Jahr Freiheitsstrafe) würde die Berechnung des arithmetischen Mittels z.B. eine Referenzstrafe von 5 ½ Jahren ergeben¹⁰³. Liegt weder ein Geständnis vor noch eine Reduktion der Zurechnungsfähigkeit, könnte die Strafe auch bei einem Ersttäter in einem durchschnittlichen Fall kaum wesentlich gesenkt werden. Dies liegt massiv über dem heute üblichen ungefähren Strafmass. Tatsächlich würde ein solches Modell bei praktisch allen Tatbeständen des StGB und der Nebenstrafgesetzgebung gegenüber bisheriger Praxis eine massive Erhöhung des Strafmasses nach sich ziehen, liegen doch ein Grossteil der Strafen im untersten Drittel des Rahmens¹⁰⁴.

Ein praxistaugliches Strafzumessungsmodell muss sich jedoch nach der hier vertretenen Auffassung den bisherigen Strafmassen annähern und nicht umgekehrt¹⁰⁵. Diese Erkenntnis bedeutet eine Absage an eine abstrakte, mit mathematischen Methoden aus dem Strafraumen berechnete Referenzstrafe.

Zwar wäre denkbar, sämtliche bisherigen Urteile zu einem Tatbestand in einer Datenbank zusammenzufassen und von diesen Urteilen das (arithmetische oder geometrische) Mittel oder den Median zu berechnen¹⁰⁶. Damit könnte die Strafe des statistischen Durchschnittsfall unter Berücksichtigung der bisherigen Strafzumessungspraxis berechnet werden. Indessen ist die Gleichsetzung des statistischen Durchschnittsfall mit der mittleren Tatschwere fragwürdig. Vor allem aber erweist sich dieses Vorhaben zum vornherein als unmöglich; hier geht es um die Berechnung der Einsatzstrafe, die ausschliesslich die objektive Tatschwere betrifft. In den bisherigen Urteilen wird bekanntlich nicht unterschieden, worin die Strafe für die objektive Tatschwere und worin die tat- und täterindividuellen Zusatzfaktoren bestehen. Der Rückgriff auf eine solche Urteilsdatenbank, selbst wenn sie vorhanden wäre, könnte daher nicht weiterführen¹⁰⁷.

Man kommt somit nicht umhin, die Referenzstrafe konkret, d.h. mit Bezug auf einen bestimmten Sachverhalt festzulegen. Dies bedeutet, dass für jeden Tatbestand ein separater Referenzsachver-

¹⁰² Der Strafraumen bezeichnet eine kontinuierliche Schwere skala, TRÖNDLE/FISCHER, N. 17 zu § 46 StGB-D.

¹⁰³ Nicht wesentlich anderes gilt, wenn das geometrische Mittel, wie dies beim Modell von HAAG der Fall ist (zit. HAAG, rationale Strafzumessung, S. 74), oder der Median zugrunde gelegt wird (vgl. Tabelle bei KÖBERER, a.a.O., S. 175).

¹⁰⁴ BSK StGB I –WIPRÄCHTIGER, N. 14 zu Art. 63 aStGB; HUMBEL, AJP 10/2005 S. 1285 Ziff. 3.2.

¹⁰⁵ Auf die Gründe kann hier nur stichwortweise eingegangen werden: Ziel des Modells ist Förderung der Rechtsgleichheit, Vergleichbarkeit und Nachvollziehbarkeit; demgegenüber ist die massive Erhöhung der Strafen aus kriminalpolitischer Sicht kein erstrebenswertes Ziel; Strafraumen sind durch den Gesetzgeber nicht überall aufeinander abgestimmt (vgl. „grausame Behandlung“ bei Raub, Freiheitsberaubung und Vergewaltigung) etc.

¹⁰⁶ Ein solches Informationssystem fordert STRENG, S. 309.

¹⁰⁷ Auch deshalb musste sich STOECKLIN mit wenig aussagekräftigen Ergebnissen begnügen. Anhand von 130 Fällen des Strafgerichts Basel-Stadt im Bereich Unzucht mit Kindern in den Jahren 1961-1963 versuchte der Autor herauszuschälen, welche Strafzumessungsfaktoren welche Rolle gespielt haben. Mangels irgendeiner Angabe einer Gewichtung musste das Unternehmen zum vornherein zu einem vagen Ergebnis kommen, was der Autor denn in seinem Schlusswort auch relativierend festhält (S. 227).

halt zu bestimmen ist, an dem beispielhaft definiert wird, was unter mittlerer objektiver Tatschwere zu verstehen ist. In einem zweiten Schritt wird diesem Referenzsachverhalt eine Strafe zugeordnet. Dabei kann die bisherige Praxis bei der Zumessung von Strafen bei derartigen Tatbeständen soweit möglich berücksichtigt werden.

Dieses Vorgehen ist nicht neu. In den VBR-Richtlinien sind im Bereich des Umweltschutzes einigen Vergleichssachverhalten bestimmte Strafen zugeordnet worden, um das Ermessen im weiten Strafraum an einen Anker binden zu können. So hat das Deponieren von ca. 60-110 Liter Hauskechricht in der freien Natur eine Busse von Fr. 300.- zur Folge (Ziff. 6a VBR-Richtlinien vom 16.12.2006). Ähnlich im Bereich des Gewässerschutzes, wo der Bauer mit 5 TS GS (und bei bedingtem Vollzug zusätzlich Busse von Fr 200.--) bestraft wird, wenn er auf ca. 1 ha schneebedecktem Feld ohne Gewässergefährdung Gülle ausbringt (Ziff. 6b VBR-Richtlinien). Damit sind für konkrete gedankliche Sachverhalte Strafen der objektiven Tatschwere geschaffen worden, die sich für Vergleiche eignen. Grundsätzlich in der gleichen Art ging auch Trechsel vor, der für Fiaz den bereits erwähnten Normsachverhalt definierte und diesem eine Geldstrafe von einem halben Monatslohn zuordnete¹⁰⁸ (ähnlich heute Ziff. 1. IV.1. VBR-Richtlinien). Das System mit Vergleichssachverhalten hat sich in der Praxis bewährt. Schliesslich operiert auch die „Tabelle Hansjakob“ mit diesem Vorgehen, indem einem gegebenen Mustersachverhalt eine Strafe zugeordnet wird.

2.2.2. Der Referenzsachverhalt

Der Referenzsachverhalt soll zusammen mit der Referenzstrafe einen Vergleichsmassstab objektiver Tatschwere für konkrete Fälle bilden. Der gedankliche Sachverhalt muss daher vor allem objektive Tatkomponenten eines Tatbestandes beschreiben, nämlich das „Ausmass des verschuldeten Erfolges“ und die „Art und Weise der Herbeiführung dieses Erfolges“.

Die beschriebenen objektiven Tatkomponenten müssen steigerungsfähig und im günstigen Fall auch skalierbar und quantifizierbar sein. Hier zeigt sich ein grundlegender Unterschied zwischen Verbrechenslehre und Strafzumessung: erste benützt die Tatbestandsmerkmale nur in binärer Funktion: Tatbestandsmerkmal erfüllt – nicht erfüllt¹⁰⁹. Für die zweite ist indessen die Intensität der Erfüllung relevant. Die trifft z.B. zu auf die Höhe des Deliktsbetrags, Mass der Gewalt etc. Beispielhaft könnten Referenzsachverhalte etwa so aussehen:

- **Gewerbmässiger Diebstahl:** Anzukuöpfende Tatkomponenten sind Deliktsbetrag und Begehungsweise. Referenzsachverhalt: Der Täter begeht 10-20 Einbruchsdiebstähle durch nächtliches Einschleichen in oder Aufbrechen von unbewohnten Tatobjekten mit der dabei nötigen üblichen Zerstörungsintensität ohne besondere Überwindung von Sicherheitsschranken und einem Deliktsbetrag von ca. Fr. 50'000.--.
- **Sexuelle Handlungen mit Kindern:** Anzukuöpfende Tatkomponente: Intensität des Eingriffs und damit der Beeinträchtigung der ungestörten sexuellen Entwicklung des Kindes. Referenzsachverhalt: Der Täter ist ein Bekannter des Opfers und lädt den 10-jährigen Knaben mehrfach zu sich nach Hause ein, zeigt ihm Computerspiele, macht grosse Geschenke, gewinnt das Vertrauen des Kindes, es kommt schliesslich zu gegenseitigem Reiben am Geschlechtsorgan und zum Oralverkehr.

¹⁰⁸ TRECHSEL, Strafzumessung, S. 93 f.

¹⁰⁹ HAUSER, S. 78.

- **Verkauf von Heroin oder Kokain:** Anzuknüpfende Tatkomponenten sind die Drogenmenge und die Art und Weise des Vorgehens. Der Referenzsachverhalt ergibt sich in Anlehnung an die Tabelle Hansjakob aus dem Verkauf von 12g reinem Heroin oder 18g reinem Kokain durch einen nicht süchtigen und nicht geständigen Händler in ca. 5 Geschäften.

Der Referenzsachverhalt ist somit ein gedankliches äusseres Geschehen, das sich aufgrund der Erfahrung der Praxis bereits häufig abgespielt hat. In einem nächsten Schritt ist nun dieser Sachverhalt in den Strafraumen einzuordnen.

2.2.3. Ansiedelung der Referenzstrafe im Strafraumen

Wird der Strafraumen als Skala zunehmender Schwere betrachtet, kommen an seinem untersten Ende die leichtestmöglichen Delikte zu liegen, am oberen Ende die schwerwiegendsten. Daraus folgt, dass die Referenzstrafe innerhalb des ordentlichen Strafraumens so festgelegt werden muss, dass für alle beim gedanklichen Referenzsachverhalt zu erwartenden Strafminderungs- und Straferhöhungsgründe – und zwar auch solche der subjektiven Tat- und der Täterkomponente – genügend Raum zur Verfügung steht. Dabei ist auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts und der Kantone, Minimalstrafen, Stufenfolgen bei privilegierten und qualifizierten Delikten und weitere Faktoren Rücksicht zu nehmen. Konkret bedeutet dies Folgendes:

- Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung können Geständnisse zu einer Strafminderung von 1/5 bis zu 1/3 führen. Weil diese Strafminderung sich innerhalb des gesetzlichen Strafraumens abspielt, muss für eine solche Reduktion der Strafe genügend Raum zur Verfügung stehen; m.a.W. kann die Referenzstrafe nicht auf dem Minimum des Strafraumens basieren, ansonsten für Strafminderungen innerhalb des Strafraumens kein Raum mehr zur Verfügung steht und z.B. die geständigen und damit möglicherweise reuigen Täter gleich behandelt würden wie solche, die alles bestreiten¹¹⁰.
- Nicht zu berücksichtigen ist zu diesem Zeitpunkt die aufgrund einer verminderten Zurechnungsfähigkeit zu gewährende Milderung der Strafe, weil diese den ordentlichen Strafraumen sprengen (Art. 19 Abs. 2 i.V.m. Art. 48a Abs. 1 StGB) und deshalb bei der Einordnung der Referenzstrafe nicht verwendet werden kann.
- Verschiedene Tatbestände enthalten Varianten mit Qualifikationen¹¹¹. Diese beziehen sich offensichtlich auf die erhöhte objektive Tatschwere, die den im Gesetz genannten Handlungsformen zugeschrieben wird. Dies bedeutet, dass allen Qualifikationsformen ein eigener Referenzsachverhalt und eine eigene Referenzstrafe zuzuordnen sind, die aufeinander abgestimmt werden.
- Es liegt nahe, die Stufenfolge der Deliktschwere, die beispielsweise im Raubtatbestand mit seinen 4 Qualifikationsstufen zum Ausdruck kommt, als Richtschnur bei der Bestimmung einer Referenzstrafe der objektiven Tatschwere auch bei jenen Tatbeständen zu verwenden, bei denen keine derartigen Stufen vorgesehen sind. So könnte z.B. bei der Vergewaltigung (oder auch bei der sexuellen Nötigung) die grausame Behandlung des Opfers zu einer anderen Referenzstrafe führen als der Einsatz einer Pistole zur Drohung, obwohl beide Begehungsformen dem gleichen gesetzlichen Strafraumen von 3-20 Jahren FS unterstehen. Bei den sexuellen Handlungen mit Kindern könnten Stufenfolgen verschiedener Eingriffe (z.B. Küsse mit sexueller Motivation, Ausgreifen, Petting, Oralverkehr, Penetration) unterschieden werden.

¹¹⁰ Dieser Anforderung entsprechen die Zahlen der „Tabelle Hansjakob“ nicht, weil sie beim nichtgeständigen Heroinhändler eine Referenzstrafe von 12 Monaten vorsehen. Der geständige reuige Täter müsste wegen des Minimums von 1 Jahr Freiheitsstrafe gleich bestraft werden wie der bestreitende. Dazu hinten S. 37.

¹¹¹ Diebstahl, Raub, Veruntreuung, Betrug, sexuelle Nötigung etc.

- Eine grobe Voraberschätzung der Strafzumessung liegt auch in den Richtlinien zur Überweisung an die Gerichte: Wenn im Kanton Bern Vermögensdelikte ab einem Deliktsbetrag von Fr. 100'000.-- (bei qualifizierter Begehung: Fr. 50'000.--) an das Kreisgericht zu überweisen sind¹¹², kann davon ausgegangen werden, dass sich eine Strafe bei einem solchen Deliktsbetrag von der objektiven Tatschwere her im untersten Strafbereich des Kreisgerichts und damit um 1 Jahr FS herum bewegen wird, ansonsten ja an das Strafeinzelgericht überwiesen werden könnte (Strafkompetenz bis 1 Jahr FS oder 360 Tage GS). Gegen oben hin könnte auf die Tatsache abgestellt werden, dass bei sehr günstigen Verhältnissen bei einem Deliktsbetrag von Fr. 500'000.-- im Kanton Bern nach altem Recht¹¹³ noch eine bedingte Strafe in Frage kam.

Aufgrund dieser Überlegungen könnten bei den vorerwähnten Beispielen etwa folgende Referenzstrafen bestimmt werden:

- **Gewerbmässiger Diebstahl:** Strafraumen ist 90 TS GS bis 10 Jahre FS. Im Kanton Bern besteht wegen der soeben erwähnten Weisungen des Generalprokurators ein Hinweis auf eine möglich Referenzstrafe von 12 Monaten FS; damit besteht genügend Raum für hier zu erwartende Senkungen wegen eines Geständnisses (bis 1/3), Vorstrafenfreiheit, Schadensdeckungen, kleinerem Deliktsbetrag (bei gewerbmässigem Betrug dürfte die Minimalstrafe von 90 TS GS bei ca. 5 Delikten und Fr. 10'000.-- Deliktsbetrag erreicht sein) sowie sehr kleinem Sachschaden;
- **Sexuelle Handlungen mit Kindern:** Der Strafraumen ist 1 TS GS bis 5 Jahre FS. Es bestehen keine direkt quantifizierbaren Tatkomponenten; aufgrund der Strafzumessungspraxis im Kanton Bern könnte für den Referenzsachverhalt eine Strafe von 12 Monaten FS festgelegt werden;
- **Verkauf von Heroin oder Kokain:** Der Strafraumen ist 1-20 Jahre FS. Dem Erfolgswert von 12g verkauftem reinen Heroin oder 18g reinen Kokain mit dem dazugehörigen Vorgehen gemäss Referenzsachverhalt könnte gestützt auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG in Abänderung des Wertes aus der „Tabelle Hansjakob“ eine FS von 18 Monaten zugeordnet werden¹¹⁴, um genügend Raum für Strafminderungen zu erhalten.

Auffallend an diesem Modell mag erscheinen, dass die Referenzstrafen jeweils mit Bezug auf das Strafminimum und die denkbaren Strafminderungsgründe, jedoch nie auf das Strafmaximum mit den denkbaren Straferhöhungsgründen eingeordnet werden. Dies liegt zum einen daran, dass sich die heutigen Strafen wie erwähnt in der Regel in der unteren Hälfte des Strafraumens bewegen. Zudem hat das Bundesgericht nur Strafminderungen, nicht aber Straferhöhungen zahlenmässig quantifiziert, was den Bezug auf die Strafminima erleichtert.

Die Verknüpfung zwischen dem gedanklichen Referenzsachverhalt und der zuzuordnenden Strafe ist dabei wie bei jeder Strafzumessung kein exakt wissenschaftlicher Vorgang, der die einzig richtige Referenzstrafe garantiert. Besteht also auch hier ein „saut hardi“ und ist man nicht weiter als bei der üblichen Strafzumessung? Auf diesen Einwand wird hinten¹¹⁵ noch zurückzukommen sein. Vorher soll das Modell in seiner Gesamtheit dargestellt werden.

¹¹² Weisung 2 der Generalprokuratur gemäss Art. 258 StrV vom Dezember 1996, Lit. B Ziff. 2 u. 3

¹¹³ dem bis 31.12.2006 geltenden AT des StGB

¹¹⁴ vgl. dazu vorne S. 20 Fn. 113 und Überlegungen im Anwendungsbeispiel S. 37.

¹¹⁵ S. 22.

2.3. Bestimmung der Einsatzstrafe im konkreten Fall

Die bisher beschriebenen Bestimmungen von Referenzsachverhalt und dazugehörige Referenzstrafe sind Arbeiten ausserhalb eines konkreten Falles. Nun stehen Referenzsachverhalt und Referenzstrafe dem Gericht als Richtlinien zur Verfügung. Bei der Prüfung eines konkret zur Beurteilung stehenden Sachverhalts kann das Gericht „seinen“ Fall dem Referenzsachverhalt gegenüberstellen und so im Vergleich mit der Referenzstrafe die konkrete Einsatzstrafe¹¹⁶ objektiver Tatschwere bestimmen.

Dabei sind die gegenüber dem Referenzsachverhalt veränderten Situationen (z.B. betreffend erhöhter krimineller Energie beim Vorgehen, grösserem Deliktsbetrag, grösserer Drogenmenge, intensiverer Einwirkung bei sexuellen Handlungen) zu berücksichtigen und die Referenzstrafe entsprechend gegen oben oder unten anzupassen. In keinem Fall wird es genügen, die Referenzstrafe gleich zur konkreten Einsatzstrafe zu erklären. Die wichtigsten Veränderungsgründe können dabei im Voraus gewichtet werden. Im Detail wird dazu auf die Ausführungen zur Gewichtung der individuellen Faktoren verwiesen¹¹⁷. So entsteht aus der generell-konkreten Referenzstrafe die individuell-konkret abgestimmte Einsatzstrafe objektiver Tatschwere.

2.4. Zwischenfazit

Das beschriebene Vorgehen zur Bestimmung einer Einsatzstrafe der objektiven Tatschwere vermeidet vorab ein schematisches Abstellen auf einen Tarif. Die Einsatzstrafe wird auf den einzelnen Fall hin aktualisiert. Darüber hinaus hat die Einsatzstrafe eine überindividuelle Vergleichsbasis in der Referenzstrafe und dem dazugehörenden Sachverhalt. Damit kommt das Vorgehen dem nahe, was im Wortbestandteil „Messung“ in Strafzumessung eigentlich ausgedrückt wird: Messen bedeutet nichts anderes, als „mit einem Massstab vergleichen“¹¹⁸. Wenn das Gericht den konkreten Sachverhalt mit dem Referenzsachverhalt vergleicht, ihn also damit „misst“, wird Strafzumessung auf ihre Wurzeln zurückgeführt. Dazu kommt noch ein weiteres: Jede konkrete Einsatzstrafe für einen vom Gericht beurteilten Sachverhalt kann – da ja die Strafe noch nicht individualisiert ist – nun ihrerseits in eine Sammlung von Einsatzstrafen aufgenommen werden. Mit den heute zur Verfügung stehenden elektronischen Mitteln lässt sich so innert kurzer Zeit eine beträchtliche Anzahl zusätzlicher Vergleichssachverhalte generieren, auf die bei späteren Strafzumessungen nebst dem Referenzsachverhalt zurückgegriffen werden kann.

Unzutreffend ist der Einwand, bei der Bestimmung der Referenzstrafe sei der Sprung zwischen Tatbestand und Rechtsfolge genau gleich wie bei normaler Strafzumessung. Einmal bezieht sich die Referenzstrafe ausschliesslich auf die objektiven Tatkomponenten, weshalb wesentlich weniger Würdigungen vorgenommen werden müssen als bei der Einschätzung der Gesamtstrafe. Die Referenzstrafe muss zudem nicht unter Druck des Urteilsöffnungstermins womöglich von einer einzigen Person festgelegt werden; vielmehr kann sie in aller Ruhe von einer Gruppe von Fachleuten unter Beizug der höchstrichterlichen, aber auch regionalen Gerichtspraxis bestimmt wer-

¹¹⁶ Unter dem Begriff der „Einsatzstrafe“ können zwei unterschiedliche Grössen verstanden werden: Vorab verstehen Rechtsprechung und Lehre die bei Konkurrenz für das schwerste Delikt zuzumessende Strafe (Art. 49 Abs. 1 StGB). Diese ist wegen den zusätzlich zu berücksichtigenden leichteren Delikten angemessen zu erhöhen. Hier wird der Begriff der Einsatzstrafe als „Einstiegsstrafe“ für die objektive Tatschwere eines konkreten Falles verstanden.

¹¹⁷ hinten Ziff. 3.3.2., S. 26.

¹¹⁸ VON LINSTOW, S. 14.

den. Dieser „intersubjektive Wertungskompromiss“¹¹⁹ bietet Gewähr für einen Massstab losgelöst von Einzelfall und Einzelgericht. Ein letzter „Sprung“ wird allerdings nicht zu vermeiden sein; er ist jedoch bedeutend kleiner und schon gar nicht mehr „kühn“ zu nennen. Kühn wird der Sprung v.a. dann, wenn er unter zeitlichem Druck, nur bezogen auf den konkreten Fall und ohne Weitblick auf die gesamten möglichen Umstände erfolgt.

Schliesslich dient Einsatzstrafe auch der die Klarheit beim „Einfädeln“ in die Strafzumessung und damit der Sicherheit in der Findung der gerechten Strafe. Wenn der Einstieg in den grossen Strafrahmen geschafft ist, fällt die Zumessung der übrigen Faktoren leichter¹²⁰. Dann ist klar, von wo aus allfällige „Strafrabatte“ zu berechnen sind oder von welchem Mass aus ein subjektiver Strafzumessungsfaktor erleichternd oder erschwerend wirkt.

Es ist zu vermuten, dass eine so bestimmte Einsatzstrafe vom Bundesgericht als Kontrollinstanz begrüsst würde. WIPRÄCHTIGER hat ausdrücklich bejaht, dass das Nennen von Einsatzstrafen zwar nicht gefordert, aber immerhin erlaubt sei. Derartige Angaben im Urteil könnten die Begründung (und damit auch die Überprüfung) der Strafzumessung erleichtern, da sich aus ihnen ergeben könne, weshalb z.B. eine auf den ersten Blick auffallend hohe oder milde Strafe ausgesprochen worden sei. Er fügte unter Hinweis auf Beispiele gar bei, dass man den Eindruck habe, der Kassationshof bedaure, dass die Festlegung einer Einsatzstrafe bundesrechtlich nicht vorgeschrieben sei¹²¹. Dies bestätigt sich in einem neueren Entscheid, wo das Bundesgericht zwar wiederholt, die Gerichte seien nicht zur Festsetzung einer Einsatzstrafe verpflichtet. „Allerdings lassen sich dem angefochtenen Urteil keine Anhaltspunkte entnehmen, welche Strafe die Vorinstanz für die objektive Tatschwere und die Tatmehrheit als angemessen erachtet. Das erschwert die Beurteilung der Vorinstanz, die erste Instanz habe dem Verschulden, insbesondere dem objektiven Verschulden, zu wenig Rechnung getragen“¹²².

In einem nächsten Schritt gilt es nun, diese Einsatzstrafe auf den einzelnen Sachverhalt und den einzelnen Täter zu individualisieren. Darin liegt ein wesentlicher Unterschied der hier vorgestellten Methode gegenüber fixen Straftaxen, aber auch Richtlinien für Massendelikte, wo nicht zuletzt mangels konkreter Abklärungen des Sachverhaltes die Abweichungen vom vorgeschlagenen Strafmass mehrheitlich gering sind¹²³.

3. Die Individualisierung der Einsatzstrafe

3.1. Die Zumessungsfaktoren ausserhalb der objektiven Tatschwere

Vorab stellt sich die Frage, welche Faktoren im Zusammenhang mit der Individualisierung der Einsatzstrafe zu berücksichtigen sind¹²⁴.

Wird von der bisherigen Aufteilung der Strafzumessungsfaktoren in Tat- und Täterkomponenten ausgegangen, bleiben aus der **Tatkomponente** drei Faktoren übrig:

¹¹⁹ STRENG, S. 304

¹²⁰ Wer dagegen das erste Knopfloch verfehlt, kommt mit dem Zuknöpfen nicht zurande (Goethe).

¹²¹ WIPRÄCHTIGER, ZStrR 1996 S. 426; BGE 121 IV 56.

¹²² BGE vom 12.5.2005, 6S.465/2004 E. 3.4.

¹²³ Dies gilt nicht bei Fiaz, bei der sich eine reiche Palette von Strafzumessungsfaktoren entwickelt hat, die gegenüber dem Mustersachverhalt gewichtet werden können.

¹²⁴ Zu den subjektiven Tat- und den Täterkomponenten grundlegend STRATENWERTH, § 6 N. 25 ff.

- Die Intensität des deliktischen Willens und die Willensrichtung;
- das Motiv und die Beweggründe (nach Art. 47 Abs. 2 StGB „Beweggründe und Ziele“);
- der Freiheitsspielraum, den der Täter nach den inneren und äusseren Umständen hatte, um in der gegebenen Situation nicht deliktisch zu handeln.

Dazu kommen die Faktoren der **Täterkomponente**, wie sie teilweise in Art. 47 Abs. 1 StGB aufgezählt werden:

- Das Vorleben, soweit es unter Schuldgesichtspunkten zu erörtern ist; damit sind etwa schwierige Jugend im Sinne schlechter Lebensstartchancen oder Vorstrafen gemeint, nicht jedoch der häufig zitierte Leumund, der am Mass der Tatschuld nicht das geringste zu ändern vermag¹²⁵;
- Die persönlichen Verhältnisse des Täters im Zeitpunkt der Tat (im Unterschied zu denjenigen zum Zeitpunkt der Strafzumessung, die allenfalls im Rahmen der Strafempfindlichkeit oder der Spezialprävention zu berücksichtigen sind);
- Das Verhalten des Schuldigen nach der Tat und im Strafverfahren;
- Das Verhalten des Staates gegenüber dem Täter im konkreten Fall als entlastende Faktoren, wie z.B. der Einsatz von V-Leuten oder die Verletzung des Beschleunigungsgebotes;
- Die Strafempfindlichkeit, bezogen auf die Schwere der Strafwirkung auf die persönliche Situation des Täters, ohne Berücksichtigung eines persönlichen gewohnten Lebensstils; aber auch die Berücksichtigung von Nebenfolgen der Verurteilung wie z.B. zivilrechtliche oder administrative Nachverfahren (Schadenersatzklagen; Obhutsentzüge oder Besuchsrechtseinschränkungen, Entzug von Führerausweisen etc.).

Die Berücksichtigung all dieser Faktoren ergibt zusammen mit der Einsatzstrafe die schuldangemessene Strafe. Ihrer Festlegung schliesst sich die Frage an, inwieweit aus Präventionsüberlegungen davon abgewichen werden soll¹²⁶. Das Gesetz erwähnt dies in Art. 47 Abs. 1 StGB, wenn es das Gericht auffordert, die Wirkung der Strafe auf das Leben des Täters zu berücksichtigen¹²⁷.

3.2. Tatbestandsbezogen konkretisierte Strafzumessungsfaktoren

Die unter Ziff. 3.1 erwähnten allgemeinen Strafzumessungsfaktoren können und müssen bei jedem Tatbestand konkretisiert werden. Dabei lassen sich nebst den allgemeinen Faktoren (z.B. Vorstrafen) für jeden Tatbestand typische Umstände, z.B. Motive, identifizieren. Es empfiehlt sich deshalb, für jeden Tatbestand eine Liste mit allen denkbaren Strafzumessungsfaktoren zu führen¹²⁸. Sie kann im konkreten Fall als Checkliste bei der Strafzumessung dienen. Selbstverständlich kann diese Liste nicht abgeschlossen sein; die Erfahrung zeigt, dass in vielen Fällen neue, bisher noch nie angewendete Faktoren, zu diskutieren sind. Das Auffinden verschuldensrelevanter Faktoren ist eine kreative Tätigkeit¹²⁹ und kann sich nicht im Abhaken von einzelnen Punkten einer Liste erschöpfen. Allerdings entspricht es ebenso sehr einer Erfahrungstatsache, dass viele Strafzumessungsfaktoren tatbestandstypisch sind und immer wieder vorkommen.

Eine beispielhafte Aufzählung solcher tatbestandsbezogenen Strafzumessungsfaktoren findet sich im Kapitel IV bei den jeweiligen Strafzumessungsbeispielen.

¹²⁵ dazu und zur Schwierigkeit von diesbezüglichen Bewertungen vgl. STRATENWERTH AT II, § 6 N. 37 ff.

¹²⁶ im Einzelnen dazu STRATENWERTH, AT II, § 6 N. 65 ff.

¹²⁷ Dazu im Einzelnen HÄRRI, ZStrR 1998 S. 212 ff.

¹²⁸ eine umfassende Zusammenstellung solcher Faktoren findet sich für das deutsche Recht bei SCHÄFER, S. 389 ff.

¹²⁹ MATHYS, SJZ 2004 S. 176.

3.3. Die Gewichtung der aktuellen individuellen Faktoren

3.3.1. Art und Mass der Gewichtung

Die für die Strafe erheblichen Umstände sind sowohl nach der Rechtsprechung wie nunmehr auch nach dem Gesetz (Art. 50 StGB) in der Begründung festzuhalten und zu gewichten. Fraglich ist, wie diese Gewichtung der einzelnen individuellen Strafzumessungsfaktoren erfolgen soll. Denkbar sind zwei Modelle:

1. Die Faktoren werden zum vornherein generell (in Rahmen von Prozenten der verschuldensangemessenen Strafe) gewichtet; im Zumessungsfall wird ein Faktor in Worten als „leicht“, „schwer“ etc. qualifiziert und entsprechend hoch oder tief im Prozentrahmen berücksichtigt (Beispiel: Für einschlägige Vorstrafen bei Sexualdelikten erfährt die Einsatzstrafe eine „Erhöhung von 10-50%“; im konkreten Fall werden die Vorstrafen als „sehr schwer“ qualifiziert und deshalb mit 50% gewichtet).
2. Auf eine generelle Gewichtung im Voraus wird verzichtet; diese erfolgt erst im konkreten Fall angesichts der jeweiligen Bedeutung (Beispiel: Bei einem Sexualdelikt wird das strafe erhöhende Gewicht einschlägiger Vorstrafen, weil das Vorgehen dem früheren Vorfall bis ins Detail gleicht, auf 50% der verschuldensangemessenen Strafe festgelegt);

Das gleiche Problem stellt sich bei der Festlegung von Einsatzstrafen, wenn die konkrete Situation Abweichungen verlangt. Einige Abweichungen werden auch dort zum Voraus typisiert und bewertet werden können. In den Richtlinien zur Strafzumessung bei Massendelinquenz finden sich beide Modelle zur Individualisierung der Regelstrafen¹³⁰. Ausser Frage stehen nach diesem Ansatz jedenfalls Modelle, die für bestimmte Strafzumessungsfaktoren (z.B. einschlägige Vorstrafen) eine Erhöhung der Strafe um einen festen Prozentsatz vorsehen.

3.3.2. Gründe für eine generelle Rahmengewichtung

Objektivierte, vom Einzelfall losgelöste Wertungsmassstäbe helfen, kühne Sprünge in der Strafzumessung zu vermeiden. Folgende Gesichtspunkte sprechen deshalb für eine generelle Gewichtung im Voraus:

- Die Praktikabilität: die bei einem bestimmten Tatbestand aus Erfahrung häufig vorkommenden Strafzumessungsfaktoren werden aufgelistet und können unter Berücksichtigung bisheriger Erfahrungen grob bewertet werden (z.B. Geständnisrabatt von 1/5 bis 1/3). Daraus resultiert ein möglicher Veränderungsrahmen in Prozenten;
- Die Rechtsgleichheit: damit ist sichergestellt, dass sich bestimmte Faktoren auf die Strafzumessung auswirken; in welchem Mass innerhalb des Rahmens dies der Fall ist oder ob Gründe dazu bestehen, den Rahmen im konkreten Fall sogar auszuweiten, gehört zur Einzelfallentscheidung und kann nicht im Voraus bestimmt werden¹³¹;
- Die Transparenz: in einer generellen prima-vista-Sicht wird aufgelistet, welche Verhaltensweisen eines Täters sich in welchem Rahmen erschwerend oder erleichternd auswirken;

¹³⁰ So führt beispielsweise nach den Richtlinien des VBR bei Fiaz eine Wiederholungstat innert 5 Jahren in der Regel zu einer Verdoppelung der nach diesen Richtlinien für den konkreten Sachverhalt auszusprechenden Strafe, Ziff. 1.IV. Vorbemerkungen der VBR-Richtlinien vom 16.12.2006.

¹³¹ Dieses Vorgehen entspricht dem Postulat von ARZT, wonach ein Strafzumessungsfaktor überall berücksichtigt werden, jedoch das Mass der Berücksichtigung dem Einzelentscheid überlassen werden muss, recht S. 247 N. 99.

- Die Erleichterung der Verknüpfung: Die generelle Bewertung der einzelnen Faktoren ermöglicht dem Gericht im konkreten Einzelfall, sich bewusst mit dem möglichen Gewicht eines Faktors zu beschäftigen, dieses zuerst sprachlich einzuschätzen und anschliessend in den zahlenmässigen Rahmen einzupassen; die Bewertung „sehr leicht“ führt in die Nähe der tiefsten Prozentzahl, die Bewertung „sehr schwer“ in die Nähe der höchsten Zahl des Rahmens;
- Die Gebrauchstauglichkeit: das Gericht braucht keine aufwendigen Formeln auszufüllen und komplexe Rechnungen anzustellen; eine einfache Addition der einzelnen Faktoren ergibt die Prozentzahl, um die die Strafe aus dem Tatverschulden zu individualisieren ist.

In gleicher Weise ist zu verfahren, wenn es darum geht, beim Festlegen der Einsatzstrafe Abweichungen von der Referenzstrafe vorzunehmen. Überall ist zudem zuerst zu entscheiden, ob in Anbetracht des konkreten Sachverhalts von den vorgeschlagenen Rahmenveränderungen ausgegangen oder ob der Rahmen aus einem speziellen Grund gegen oben oder unten geöffnet werden muss.

Trotz der soeben erwähnten Addition liegt hier kein mathematisches Strafzumessungsmodell vor. Das Gericht kommt in keinem Fall um seine Aufgabe der Gewichtung von Schuld und Zumessung der Strafe herum. Dass dabei allerdings auch gerechnet werden muss, ist nicht etwas Neues: In den meisten Gerichten wird bei der Strafzumessung immer „gerechnet“. Unter der Herrschaft der Geldstrafe und ihrer Bestimmung hat der Titel von KÖBERERS Werk „*Judex non calculat*“ ohnehin nur noch verklärenden Charakter¹³². Das Gericht muss jedenfalls heute mehr denn je „calculieren“. Wie das geschehen soll, wird hinten noch thematisiert werden.

Damit ist das Modell in seinen Grundzügen dargestellt. Vor einem ersten Ergebnis (hinten Ziff. 5) ist auf einige wichtige Einzelfragen einzugehen.

4. Einzelfragen

4.1. *Judex semper calculat* – aber wie?

Wie soeben erwähnt, muss das Gericht die einzelnen Faktoren gewichten und zusammenzählen. Was ist jedoch wann zuerst zu berechnen? Es macht z.B. quantitativ einen Unterschied aus, ob ein „Geständnisrabatt“ von 25% von der Einsatzstrafe berechnet wird oder von der individualisierten Endstrafe. Teilweise stellen sich dabei auch systematische Fragen: Soll sich die verminderte Zurechnungsfähigkeit auch bei Vorstrafenzuschlägen auswirken oder nur bei den tatnahen Komponenten?

Im Einzelnen wird hier folgende Reihenfolge in der Zumessung der Strafe vorgeschlagen:

1. Bestimmung der Einsatzstrafe bestehend aus den objektiven Tatkomponenten im Vergleich zu Referenzsachverhalt und Referenzstrafe. Bei Veränderungen stellt die Referenzstrafe 100% dar. Die neue Einsatzstrafe bildet für die weiteren Berechnungen eine Basis von 100%.
2. Bewertung der subjektiven Tatkomponenten (Motiv und Beweggründe etc.; sie fallen dann ins Gewicht, wenn sie „aus der von der Strafnorm erwarteten Haltung“, abweichen, ansonsten wirken sie neutral) und allfälliger gesetzlicher und anderer Verschuldensminderungsgründe

¹³² vgl. Formulare und Leitfaden zur Berechnung der TS auf der Homepage der KSBS: www.ksbs-caps.ch

(Art. 48 StGB, Versuch¹³³ etc.); die Gewichtungen werden in Prozenten der Einsatzstrafe angegeben. Daraus ergibt sich die „Tatkomponentenstrafe“, die neu 100% für die folgenden Berechnungen darstellt.

3. Erst jetzt stellt sich die Frage nach der Möglichkeit des Täters, die Gefährdung oder Verletzung zu vermeiden; hier ist auch eine allfällige Verminderung der Zurechnungsfähigkeit zu berücksichtigen. Damit erhält man die tatverschuldensangemessene Strafe, die für die nachfolgenden Berechnungen wiederum eine neue Basis von 100% bildet.
4. Schliesslich werden die Faktoren der Täterkomponente in Prozenten der tatverschuldensangemessenen Strafe berechnet, wobei die Prozentwerte plus und minus (für erhöhend und senkend) jeweils addiert und miteinander verrechnet werden. So ergibt sich die verschuldensangemessene Gesamtstrafe.
5. Als letztes sind die Wirkung der Strafe auf das Leben des Täters und die Bedürfnisse der Spezialprävention zu berücksichtigen. Diese sind derart individuell, dass hierfür kein Rahmen für die Gewichtung angegeben werden kann.

Dieses „Stufenmodell“ ist zwar komplizierter als eine Einsatzstrafe, die für alle nachfolgenden Berechnungen die Basis von 100% bildet. Es hat aber den Vorteil, dass die Bedeutung der tatverschuldensabhängigen Strafe gegenüber der Einsatzstrafe erhöht wird, weil sich die Faktoren der Täterkomponente nicht ausschliesslich nach der Einsatzstrafe ausrichten.

4.2. Die Urteilsbegründung im vorgeschlagenen Modell

4.2.1. Einheit von Herstellung Darstellung der Strafzumessung

Auf die grosse Bedeutung der Urteilsbegründung für die Strafzumessung ist bereits hingewiesen worden¹³⁴. Damit die Begründung dieser Bedeutung gerecht werden kann, wird vorausgesetzt, dass die Herstellung der Strafzumessung, d.h. die Festlegung der Strafe in der geheimen Urteilsberatung im Kollegialgericht oder im Kopf eines Einzelrichters oder einer Einzelrichterin den in der Urteilsbegründung nach aussen sichtbar gemachten Grundsätzen, also der Darstellung, entspricht und nicht einer willkürlich gefundenen Strafe nach aussen das Mäntelchen einer bestimmten Systematik umgehängt wird.

In einer Untersuchung zur Strafzumessung zu § 316 des deutschen StGB (Fiaz)¹³⁵ zeigte sich zu Beginn der achtziger Jahre indessen, dass die in den Urteilsgründen mitgeteilten Erwägungen zur Sanktionsbemessung oft nicht das wiedergeben, was die richterliche Entscheidung im Prozess ihrer Herstellung tatsächlich bestimmt hat. Die dabei zu einem Massendelikt festgestellten Umstände lassen sich zumindest teilweise auch auf die Zumessung längerer Strafen übertragen. Dies deutet darauf hin, dass mangels einer brauchbaren Strafzumessungsdogmatik gegen aussen in klugen Worten etwas deklariert wird, was bei der Urteilsberatung keine Beachtung fand. Eine Hinnahme dieser Kluft zwischen Herstellung und Darstellung der Entscheidung wäre angesichts der Bedeutung der Strafzumessung für die Verurteilten blanker Zynismus. Daher muss das Ziel berechenbarer Strafzumessung die weitestgehende Annäherung von Herstellung und Darstellung sein¹³⁶. „La motivation est le reflet du raisonnement“¹³⁷.

¹³³ MATHYS, S. 178, plädiert dafür, den vollendeten Versuch als verschuldensunabhängigen Faktor der Tatkomponente erst am Schluss unmittelbar vor den Täterkomponenten zu gewichten.

¹³⁴ Vorne S. 2 f.

¹³⁵ HASSEMER R., MSchrKrim 1983 S. 26 ff.

¹³⁶ HASSEMER W., S. 92

¹³⁷ CORBOZ, S. 3.

Es liegt auf der Hand, dass sich bei der hergebrachten Strafzumessung, die ohne Quantifizierungen auskommt, Schwierigkeiten ergeben, das festgestellte Strafmass nachvollziehbar zu begründen. Rasch verkommt die Sprache zu einer Anhäufung von Gemeinplätzen und wertausfüllungsbedürftigen Begriffen. Diese Probleme fallen beim hier vorgeschlagenen Modell von Anfang an weg. Die Technik zur Festlegung der Strafe lässt sich ohne weiteres nach aussen darstellen und ist erklärbar. Die Festlegung der Einsatzstrafe anhand der Referenzstrafe, die Individualisierung und Umsetzung der sprachlichen Wertungen in den Prozentrahmen sind leicht darstellbar und ermöglichen dem Gericht deutlich zu machen, in welchem Punkt des Verschulden es Gewichte gesetzt hat. Derart offenes Vorgehen legitimiert das Ergebnis.

4.2.2. Konsequenzen für die Urteilsbegründung des Gerichts

Wenn das Gericht schon bei der Festlegung des Strafmasses sich einer nachvollziehbaren Technik bedient, ist nicht einzusehen, wieso dies nicht gegen aussen auf die gleiche Weise erklärt werden kann. Zur Wahrung der Einheit zwischen Herstellung und Darstellung der Strafzumessung gehört es, dass das Gericht in seiner Begründung klar benennt, wie es auf das Strafmass, das sich in einer Zahl in Jahren, Monaten oder Franken äussert, gekommen ist. Dies kann nur wiederum mit Zahlen geschehen, wenn grösstmögliche Transparenz das Ziel sein soll. Dabei sollte sich das Gericht auch nicht davor abschrecken lassen, seine Berechnungen in Prozenten und Monaten offenzulegen. Das mag ungewohnt sein, hat indessen zwei grosse Vorteile:

- Dem Verurteilten wird durchsichtig gemacht, warum er eine Strafe gerade dieser Höhe erhalten hat; seine Aufmerksamkeit dafür wird nach seiner höflichen Zurückhaltung bei rechtlichen Fragen ungeteilt vorhanden sein; verstandene Urteile werden besser akzeptiert und wirken nachhaltiger;
- Mit einer derart nachvollziehbaren Begründung zur Strafzumessung wird den Parteien die Einschätzung, ob sich ein Rechtsmittel lohnt, einfacher gemacht; falls der schriftlichen Begründung eine mündliche vorangeht und die Rechtsmittelfrist von der mündlichen Eröffnung an zu laufen beginnt¹³⁸, kann eine solche Begründung provisorisch erklärte Appellationen (und damit wesentliche Mehrarbeit) ersparen.

Allerdings muss auch dem Nachteil der Scheingenaugigkeit eines so begründeten Strafmasses begegnet werden. In der Urteilsbegründung ist deshalb mit aller Deutlichkeit klarzustellen, dass wegen der Unmöglichkeit, Schuld in einem wissenschaftlich exakten Verfahren in eine konkrete Zahl umzuwandeln, die präsentierte Rechnung nicht die einzig mögliche und allein richtige ist; mit den Zahlen werde nur - aber immerhin - zum Ausdruck gebracht, wie das Gericht auf das genaue Strafmass gekommen sei.

Gelegentlich wird im Alltag gegen eine Offenlegung der Berechnung des Strafmasses angeführt, man mache sich damit nur angreifbar, weshalb besser darauf zu verzichten sei. Gerichtliche Urteile müssen jedoch von ihrem Wesen her gerade „angreifbar“ sein, eben nachvollziehbar und damit überprüfbar. Davon kann die Strafzumessung nicht ausgenommen werden. Die gegenteilige Argumentation setzt sich dem Verdacht aus, man wolle nicht überprüfbar sein und das Strafmass irgendwie aus dem Bauch heraus finden, was weder überprüft noch nachvollzogen werden kann.

¹³⁸ So im Kanton Bern, Art. 339 Abs. 2 StrV BE, falls auf schriftliche Zustellung des Dispositivs verzichtet wird

4.3. Wer „erlässt“ Referenzstrafen und Gewichtungen?

Referenzstrafen und prozentuale Einschläge für Strafminderungen und Straferhöhungen bewegen sich innerhalb des gesetzlichen Strafrahmens. Sie berücksichtigen die bisherige Praxis auf regionaler und höchstrichterlicher Ebene. Sie dienen als Hilfestellung für Gerichte, sich in den bewusst weiten Strafrahmen zu bewegen, sollen einen rechtsgleichen Einstieg in die Strafzumessungsdiskussion ermöglichen, von dem in begründeten Fällen abgewichen werden kann. Sie machen dem Rechtsuchenden zu einem guten Teil nachvollziehbar, warum er gerade eine solche und keine andere Strafe erhalten hat. In diesen Zwecken gleicht das hier vorgeschlagene Strafzumessungsmodell den für die Massendelinquenz bestehenden Richtlinien.

Trechsel glaubte seinerzeit, zur Erstellung solcher Richtlinien sollten die „Richter erster Instanz, die Staatsanwaltschaften und die Appellationsinstanzen ein „Strafzumessungskartell“ gründen und – möglicherweise unter Mitwirkung der Kriminalistischen Gesellschaft oder des Bundesgerichts – die Arbeit an die Hand nehmen“¹³⁹. Im Kanton Bern sind die erwähnten VBR-Richtlinien zur Strafzumessung in einer Arbeitsgruppe des Strafrechtausschusses des Verbandes Bernischer Richterinnen und Richter (VBR) ausgearbeitet, bei erst- und oberinstanzlichen Gerichten, Untersuchungsrichterämtern und Staatsanwaltschaften in die Vernehmlassung geschickt und anschliessend unter Berücksichtigung der wesentlichen Abänderungsvorschläge durch die Verbandsversammlung genehmigt worden. In diesem Verband sind sowohl die Richterinnen und Richter erster und zweiter Instanz als auch die Staatsanwältinnen und Staatsanwälte sowie die Untersuchungsrichterinnen und Untersuchungsrichter vertreten. Sie sind diejenigen Personen, die sich im Kanton unmittelbar mit der Strafzumessung befassen und wären für die Aufstellung ausgeweiteter Richtlinien im Sinne des hier vorgeschlagenen Modells prädestiniert. Im Hinblick auf die Einführung der eidgenössischen Strafprozessordnung lassen sich in Zukunft auch bundesweite Richtlinien vorstellen, die unter der Führung der Fachverbände (KSBS, SKG etc.) ausgearbeitet werden könnten. Auf die Chance des Beizugs der Lehre sollte dabei nicht verzichtet werden.

Demgegenüber erübrigt sich ein Tätigwerden des Gesetzgebers. Zum einen wird der gesetzliche Strafrahmen nicht verlassen und zum andern handelt es sich um blosser Empfehlungen mit Richtlinienfunktion, von denen abgewichen werden kann.

4.4. Öffentliche oder geheime Richtlinien?

Urteilsverhandlung und Urteilsverkündung von Straffällen sind öffentlich. Es ist selbstverständlich, dass die Gesetze, auf die sie sich stützen, öffentlich bekannt sind. Die von den Gerichten häufig beigezogenen Modelle Frei/Ranzoni und „Tabelle Hansjakob“ sind zumindest in Fachorganen publiziert worden. Demgegenüber sind die in der Praxis bedeutenden Strafzumessungsrichtlinien für Massendelinquenz in der Schweiz in 15 von 19 Kantonen nach wie vor nicht öffentlich¹⁴⁰. Sie sind natürlich auch nicht in den jeweiligen Falldossiers enthalten. Als einzige haben die KSBS¹⁴¹ und die Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich¹⁴² ihre Strafmassempfehlungen veröffentlicht.

¹³⁹ TRECHSEL, Strafzumessung, S. 89.

¹⁴⁰ Nicht repräsentative Umfrage des Autors bei der KSBS vom März 2007 (Anhang 1).

¹⁴¹ Vorne S. 14.

¹⁴² www.staatsanwaltschaften.zh.ch/strafmassempfehlungen.

Für Strafzumessungsrichtlinien, die wie jene bei Massendelinquenz eine derartige Verbreitung erfahren haben, ist dieser Umstand unhaltbar. Solche Richtlinien stellen zwar keine Beweismittel dar. Wenn sie jedoch derart regelmässig angewendet werden, müssen sie von der Öffentlichkeit zur Kenntnis genommen werden können. Irgendein Grund für ihre Geheimhaltung ist nicht ersichtlich. Anders entscheiden hiesse jenes bereits erwähnte „geheime Metermass“ bewahren zu wollen, das niemandem ausser dem Gericht bekannt ist. Berechenbare Strafzumessung ist so nicht möglich; denn diese richtet sich auch an die Verurteilten, nicht nur an das Gericht.

Was für Richtlinien bei Massendelinquenz gilt, muss umso mehr für Richtlinien bei mittlerer und schwerer Delinquenz gelten, die durch Definition von Referenzsachverhalten und Referenzstrafen ebenfalls einen Entscheid zu beeinflussen vermögen. Solche Richtlinien sind deshalb in geeigneter Weise öffentlich zugänglich zu machen.

5. Ergebnis

In diesem Kapitel wurde versucht, aus den Erkenntnissen der bisherigen Modelle zur Strafzumessung ein eigenes Strafzumessungsmodell vorzuschlagen. Dies konnte naturgemäss nur oberflächlich erfolgen. Immerhin: Eine erste Annäherung an das Thema zeigt, dass die Diskussion über berechenbare Strafzumessung im Sinn der Quantifizierung einen Neuanfang verdient:

- Es lassen sich mit Berücksichtigung bisheriger Praxis der Strafzumessung für jeden Tatbestand gesondert Referenzstrafen für Referenzsachverhalte der objektiven Tatschwere bilden;
- Im konkreten Zumessungsfall wird die Einsatzstrafe objektiver Tatschwere im Vergleich zu Referenzsachverhalt und Referenzstrafe bestimmt;
- Den individualisierenden Strafzumessungsfaktoren (sowohl bei der Abweichung vom Referenzsachverhalt zum konkreten Sachverhalt als auch subjektive Tat- und Täterkomponenten) können zu einem grossen Teil im Voraus generell Rahmengewichtungen in Prozenten zugeordnet werden.
- Mit einer einfachen, definierten Addition lassen sich anschliessend jene Zahlen zur verschuldensangemessenen Strafe zusammenführen, die sich aus der Bewertung der Zumessungsfaktoren ergeben haben;
- Die durchgeführte Berechnung des Strafmasses kann in der mündlichen und schriftlichen Urteilsbegründung unter Hinweis auf den fehlenden Absolutheitsanspruch der vorgenommenen Bewertungen präsentiert werden.

Andererseits stösst eine Quantifizierung der Strafzumessung auch an klare Grenzen. Die Bestimmung des Referenzsachverhaltes und der dazu gehörenden Referenzstrafe ist eine Frage der bisherigen Praxis und der Abschätzung vorab von strafmindernden Faktoren. Hier hilft die Quantifizierung vorerst wenig. Ebenso bleibt es ureigene Aufgabe des urteilenden Gerichts, die massgeblichen Strafzumessungsfaktoren im Einzelfall festzustellen und sie zu gewichten. Die Rahmen stellen dazu nur Hilfsgeländer dar. Schliesslich können die Bedürfnisse der Spezialprävention gar nicht im Voraus gewichtet werden, und einige Strafzumessungsfaktoren sind gar ambivalent und können unter gewissen Bedingungen erschwerend, unter andern erleichternd wirken.

IV. Anwendung auf ausgewählte Tatbestände

Nachdem eine systematische Quantifizierung von Strafzumessungsfaktoren in der bisherigen Untersuchung als möglich und sinnvoll ausgewiesen worden ist, soll nun von der Theorie zum „Feldversuch“ geschritten und die Anwendung des vorgeschlagenen Modells anhand ausgewählter Straftatbestände geprüft werden.

Es ist bereits ausgeführt worden, dass zu jedem Tatbestand ein separater Referenzsachverhalt mit dazugehöriger Referenzstrafe ausgearbeitet werden muss. Es würde den Rahmen dieser Arbeit bei weitem sprengen, von allen wichtigen Straftatbeständen derartige Beispiele vorzulegen. Die Darstellung muss sich auf wenige ausgewählte Tatbestände beschränken. Ausgewählt wurden nachfolgend im Bereich der schweren Kriminalität ausgesprochen häufig auftretende Tatbestände, nämlich die des Raubes, der Vergewaltigung und der BetmG-Widerhandlung. Dabei soll die Strafzumessung anhand eines konkreten Falles Schritt für Schritt von der Referenzstrafe über die Einsatzstrafe und der Gewichtung der einzelnen Strafzumessungsfaktoren zur Gesamtstrafe geführt werden.

Die eingesetzten Zahlen sind ausdrücklich als Beispiele von Grössenordnungen zu verstehen, die keinen Anspruch auf Richtigkeit erheben. Es geht vorab darum, das Modell am Beispiel verständlich zu machen.

1. Qualifizierter Raub (Art. 140 Ziff. 3 StGB)

1.1. Zu beurteilender Sachverhalt¹⁴³

Die stark drogensüchtige D. war in Geldnöten und fuhr mit einem PW um ca. 21.30 Uhr im März ziellos in einem Stadtquartier umher. Sie entschloss sich dann, eine Tankstelle zu überfallen, um zu Geld zu kommen. Dabei rechnete sie mit einer Beute von ca. 300.-- bis 500.--. Sie stellte den Wagen in der Nähe der Tankstelle ab und näherte sich ihr zu Fuss. Als sie sah, dass die Kassierin alleine war, maskierte sie sich mit einem mitgeführten Schal. Anschliessend nahm sie eine Art Taschenmesser mit Holzgriff hervor, das sie aufklappte (Klingenlänge und -breite wenig grösser als Militärsackmesser) und begab sich in den Shop hinein direkt hinter den Tresen zur Kassierin. Dieser legte sie den rechten Arm mit dem Messer um den Nacken und forderte „Geld her“. Die Kassierin rief um Hilfe und setzte sich zur Wehr, wobei es zu einem Gerangel zwischen den beiden Frauen kam. D. konnte schliesslich vom herbeigeeilten Geschäftsführer und hinzugekommenen Kunden überwältigt und der Polizei übergeben werden. D. war schon bei der Polizei geständig. Es sei eine „Scheiss-Idee“ gewesen, sie schäme sich. Das Messer habe sie immer bei sich und benötige es zum Rüsten von Drogen. Die Maskierung erwies sich als improvisiert durch einen auch sonst getragenen Schal. D. schrieb aus der U-Haft heraus einen längeren Entschuldigungsbrief an die Kassierin der Tankstelle und bedauerte den Vorfall, es tue ihr Leid. Keine Vorstrafen vorhanden. Psychiatrisches Gutachten: leichte Verminderung der Zurechnungsfähigkeit gegeben. D. wurde wegen Raubversuchs unter Offenbarung besonderer Gefährlichkeit (Art. 140 Ziff. 3 Abs. 3 StGB) schuldig gesprochen. Der Strafrahmen umfasst den Bereich von 2 – 20 Jahren FS.

1.2. Referenzsachverhalt

Der sich in Geldnot befindliche Täter beschliesst, einen Passanten zu berauben. Er sieht, wie sich ein Mann anschickt, bei einem Bancomaten Geld zu beziehen. Der Täter nimmt das stets mit sich geführte Messer hervor, schleicht sich hinter den Mann und hält ihm überraschend von hinten das

¹⁴³ Gem. Entscheid des Kreisgerichts VIII Bern-Laupen S 06 3379 i.S. D. vom 14.3.2007

Messer an den Hals und verlangt Geld. Der Geldbezügler verhält sich ruhig und gehorcht den Anweisungen des Täters, der ihn auffordert, das mögliche Maximum (Fr. 1'000.-) zu beziehen. Als das Geld aus dem Schlitz auftaucht, ergreift der Täter das Notengeld, lässt den Mann los und rennt davon.

1.3. Referenzstrafe

Mindeststrafe ist 2 Jahre FS (Art. 140 Ziff. 3 StGB). Mögliche Strafminderungsgründe, die den Rahmen gegen unten nicht öffnen: Wenig intensives Vorgehen (bis 10%); Motiv: Geldbeschaffung, weil in unverschuldet schlechter wirtschaftlicher Lage (bis 5%); völlige Vorstrafenfreiheit (0-5%); Geständnis (20-33%); Auseinandersetzung mit der Tat, Kontakt zum Opfer aufnehmen, sich entschuldigen, ohne dass der Strafmilderungsgrund von Art. 48 lit. d StGB gegeben ist (5-10%). Total Raum für eine Strafminderung von gut der Hälfte (63%) zum Erfassen des leichtesten Falles. Dies bedeutet, dass die Minimalstrafe um 100% erhöht werden muss. Die Strafe für den Referenzsachverhalt beträgt also 48 Monate FS.

1.4. Festlegung der Einsatzstrafe im konkreten Fall

Der konkrete Sachverhalt unterscheidet sich – abgesehen von der Tatsache, dass es beim Versuch blieb - nur wenig vom Referenzsachverhalt. Die Überraschung war weniger gross, da sich der Vorfall im Shop der Tankstelle abspielte und die Angreiferin für die Kassierin sichtbar von vorne/seitwärts kam, während das Anpirschen von hinten (Art und Weise) eine grössere Heimtücke offenbart: Reduktion mit Faktor „leicht“ = ca. 5%. Einsatzstrafe konkret deshalb: 45 Monate FS.

Eine höhere Einsatzstrafe wäre etwa unter folgenden Umständen möglich:

bei langer Vorbereitung / Planung mit Auskundschaften: bis 20%;

beim Mitnehmen von vorbereiteter Maskierung und Messer zum Raubzweck: bis 10%;

bei wesentlich höherem Deliktsbetrag, auf den der Täter es abgesehen hätte, Bsp. Postraub: bis 30%; demgegenüber spielt ein tiefer Deliktsbetrag gerade beim qualifizierten Raub eine wesentlich geringere Rolle als beim Diebstahl; bei leichter Gewalt würde ein kleinerer Deliktsbetrag allenfalls mindernd wirken¹⁴⁴;

bei rücksichtslosem Gewalteinsatz, entsprechende Verletzungen beim Opfer, die nicht als selbständige Delikte zu verfolgen sind: bis 30%;

hohe Traumatisierung des Opfers aus den Umständen der Tat, ohne dass grausame Behandlung vorliegt, wenn für Täter absehbar : bis 30%.

Im schwersten denkbaren Fall, wenn die maximalen Erhöhungsfaktoren gerechtfertigt sind, wird die Referenzstrafe demnach um 120% erhöht, d.h. auf knapp 9 Jahre FS.

1.5. Individualisierende Strafzumessungsfaktoren bei Art. 140 Ziff. 3 StGB

1.5.1. Mögliche weitere Faktoren aus der Tatkomponente:

- Strafmindernd könnten bei einem Raub mit besonderer Gefährlichkeit z.B. wirken:
Motiv/Beweggründe: wenn verzweifelt und ohne eigenes Verschulden in wirtschaftliche Not-

¹⁴⁴ SCHÄFER, N. 910 S. 418

lage geraten: bis 5%; oder: der Täter will das erbeutete Geld nicht für eigene Bereicherung, sondern um einem andern aus einer nicht selbstverschuldeten Lage zu helfen (fehlender Egoismus): bis 10%; Opferverhalten: wenn das Opfer vorher gegenüber Fremden mit dem Besitz von viel Geld prahlte: bis 5%; Unvollendeter Versuch: bis 75%; blosse Gehilfenschaft: 20-70%; fehlende Fähigkeit, sich an die Normen zu halten: 10-75%; die gesetzlichen Strafmilderungsgründe von Art. 48 lit. a-c StGB:

achtenswerte Beweggründe: 10-50%

schwere Bedrängnis: 10-90%

schwerer Drohung: 10-90%

Handeln auf Veranlassung eines andern: 10-60%;

- Straferhöhend könnten wirken:
Fehlende Zweck/Mittel-Relation: Für einen kleinen Deliktsbetrag werden massivste Mittel eingesetzt (Beispiel: Raub nach Art. 140 Ziff. 4 StGB, um Fr. 8.—für den Moonliner zu erlangen); bis 15% erhöhend; treibende Kraft bei mehreren Tätern („Chefposition“), ohne dass Bande gegeben ist (bis 30%).

1.5.2. Mögliche weitere Faktoren aus der Täterkomponente

- Strafmindernd könnten wirken:
Völlige Vorstrafenfreiheit: bis 5%¹⁴⁵; Geständnis: 20-33%; Verletzung des Beschleunigungsgebotes: bis 30%; die gesetzlichen Strafmilderungsgründe von Art. 48 lit. d und e StGB: aufrichtige Reue: 40-100%, vgl. auch als Maximum Art. 53 StGB; seit der Tat verstrichene Zeit: 10-40%
- Straferhöhend könnten wirken:
Einschlägige Vorstrafen: bis 50%; zusätzliches anderes oder gar gleiches Delikt während laufender Strafuntersuchung: bis 40%;

1.6. Ergebnis

Zu berücksichtigen ausserhalb der objektiven Tatschwere:

Aus tatverschuldensabhängigen Faktoren:

- Unverhältnismässigkeit der Zweck – Mittel- Relation: Bewertung/Gewichtung: Erhöhungsfaktor ist „sehr leicht“: unter 5%
- Unvollendeter Versuch: Senkungsfaktor ist „leicht“; die Täterin hatte die gefährliche Drohung bereits begonnen; die Einwirkung auf das Opfer ist nicht wesentlich geringer als beim vollendeten Delikt: 25% mindern;
- Saldo: ca. - 22% der Einsatzstrafe = ca. 10 Monate; Einsatzstrafe 45 Monate minus 10 Monate = 35 Monate; diese Zahl bildet die neue Basis von 100%.
- Leicht verminderte Zurechnungsfähigkeit: - 25% oder 9 Monate

Total Strafmass aus Tatverschulden: 26 Monate (= neue Basis 100% für die weiteren Faktoren)

Aus tatverschuldensunabhängigen Faktoren:

- Vorstrafenfreiheit: - 5%

¹⁴⁵ Vorstrafenfreiheit ist nicht selbstverständlich, vgl. BSK StGB I – WIPRÄCHTIGER, S. 75 und 87 zu Art. 63 a StGB; dies ist nicht unumstritten: MATHYS, S. 176

- Geständnis, Reue ausdrückend: - 25%

Saldo: - 30% von 26 Monaten = 8 Monate Reduktion aus verschuldensunabhängigen Faktoren

Total Strafmass: 26 Monate minus ca. 8 Monate = 18 Monate.

2. Vergewaltigung (Art. 190 Abs. 1 StGB)

2.1. Zu beurteilender Sachverhalt¹⁴⁶

Zwischen dem Angeschuldigten K. und Frau S. bestand eine Freundschaft, die schliesslich seitens der S. beendet wurde. Nach längerer Zeit kam es wieder zu gelegentlichen Treffen zwischen den beiden, bei denen es auch dreimal zum Geschlechtsverkehr kam. S. hatte sich dem Drängen des K. zuerst widersetzt, dann aber sogar aktiv mitgemacht. Nach mehrfachen Versuchen seitens der S., dem K. klarzumachen, dass sie diese Nähe nicht mehr wolle, telefonierte sie ihm um Mitternacht und erklärte ihm, sie wolle ihn nie mehr sehen, es sei nun endgültig vorbei. Als S. am nächsten Morgen ihre Wohnung verlassen wollte, um zur Arbeit zu gehen, stand K. vor der Türe und verschaffte sich unter dem Vorwand, er wolle mit ihr sprechen, Zugang zur Wohnung. Trotz ihrer Aufforderung, er solle die Wohnung verlassen, verschloss er diese und begann die S. auszuziehen. Diese wehrte sich vorerst, gab dann aber den Widerstand angesichts der Chancenlosigkeit auf und liess den Oralverkehr und nach einem Unterbruch auch den GV über sich ergehen. Das Opfer wies gemäss IRM-Untersuchungen frische leichte genitale Verletzungen auf, die durch eine Penetration erklärt werden könnten. K. bestritt jede Gewaltanwendung beim Sexualkontakt mit S. Er wurde verurteilt wegen Vergewaltigung in Konkurrenz (Art. 49 StGB) mit sexueller Nötigung, begangen in der Wohnung des Opfers. Schwerstes Delikt ist die Vergewaltigung, das Strafmass liegt zwischen 1 und 10 Jahren FS (Art. 190 Abs. 1 StGB).

2.2. Referenzsachverhalt

Der Täter und das Opfer kennen sich. Ein Normalkontakt ist gewollt, der Täter will aber auch sexuelle Kontakte. Dies wird vom Opfer abgelehnt. Trotz verbalen Protesten der Frau und anfänglichem körperlichen Widerstand nötigt sie der Täter zum Geschlechtsverkehr, wobei er Gewalt anwendet, indem er sie festhält und mittels Tätlichkeiten (an den Haaren reissen, stossen, Ohrfeigen) aufs Bett drückt und aufgrund seiner überlegenen Kraft mit Kondom vaginal eindringt. Anschliessend lässt der Täter das Opfer gehen. Das Opfer weist keine sichtbaren Verletzungen auf.

2.3. Referenzstrafe

Die Besonderheit des Tatbestandes liegt darin, dass kein Erfolg im Sinne eines Deliktsbetrages oder eines sonstwie zu quantifizierenden Faktors besteht; vielmehr unterscheiden sich die Fälle wesentlich durch die Art und Weise des Vorgehens. Mögliche Reduktionsgründe liegen vor im Falle einer noch leichteren Gewalteinwirkung (ausmachend 5-10%) verbunden mit einem ausführlichen Geständnis, fehlenden Vorstrafen (bis 5%) und einer unterdurchschnittlichen Traumatisierung des Opfers (5-10%). Dem (seltenen) Geständnis kommt hier im Vergleich mit andern Tatbeständen v.a. deswegen eine erhöhte Bedeutung zu, weil es dem Opfer ein mühsames Beweisverfahren und eine weitere Viktimisierung erspart (deshalb bis 33% Minderung). Wenn alle diese Faktoren gegeben sind, müsste vom annähernd leichtesten Fall und damit von der Mindeststrafe von 1 Jahr ausgegangen werden. Bei einer maximal möglichen Reduktionsquote von ca. 58% muss umgekehrt die Mindeststrafe um 100% erhöht werden. Für den Referenzsachverhalt ist die Referenzstrafe demnach bei 24 Monaten Freiheitsstrafe anzusetzen.

¹⁴⁶ Gem. Entscheidung des Kreisgerichts VIII Bern-Laupen vom 1.2.2007 i.S. K. S 06 2822; nicht rechtskräftig.

2.4. Festlegung der Einsatzstrafe im konkreten Fall

Der konkrete Sachverhalt unterscheidet sich vom Referenzsachverhalt durch die verursachten Verletzungen und dem Eindringen ohne Kondom. Beides rechtfertigt je eine Erhöhung von 10% („Qualifikation „leicht“). Demgegenüber erscheint die Traumatisierung des Opfers eher unterdurchschnittlich („schwer“), was mit einer Herabsetzung im Umfang von 10% zu berücksichtigen ist. Die Referenzstrafe von 24 Monaten ist deshalb im Saldo um 10% zu erhöhen oder abgerundet auf 26 Monate festzulegen.

Erhöhungen der Referenzstrafe könnten sich weiter ergeben aus:

Besonderer Schwere der Einwirkung, ohne dass die qualifizierte Form erreicht wird: bis 30%
Dauer der Einwirkung auf das Opfer (ohne gleichzeitige Freiheitsberaubung): bis 20%;

Mehrfache Einwirkung auf das Opfer: bis 20%;

Begleitung der Vergewaltigung durch zusätzliche nicht getrennt beurteilte sexuelle Nötigungen im gleichen Zug: bis 20%;

Folgen der Einwirkung auf das Opfer: grosse psychische Traumatisierung, wenn absehbar: bis 30%;

Körperliche evtl. sogar genitale Verletzungen vorhanden: je nach Schwere bis 30%;

Besonders erniedrigende Ausführung oder Begleitverhalten: bis 20%;

Erhöhter Aufwand, um die Tatsituation herbeizuführen (=höhere kriminelle Energie): Beobachten und Verfolgen des Opfers, Abpassen an geeigneter Stelle; Einschleichen in Wohnung unter einem Vorwand; Herstellen einer besonderen Vertrauenslage und Ausnützen derselben: bis 30%

Im schwersten denkbaren Fall, wenn die maximalen Erhöhungsfaktoren gerechtfertigt sind, wird die Referenzstrafe demnach um 200% erhöht, d.h. auf ca. 6 Jahre FS.

2.5. Individualisierende Strafzumessungsfaktoren bei Art. 190 Abs. 1 StGB

2.5.1. Mögliche weitere Faktoren aus der Tatkomponente:

- Strafmindernd könnten insbesondere wirken: Opferverhalten: allenfalls darin, dass das vorangehende Verhalten des Opfers die Hemmschwelle beim Täter herabsetzte¹⁴⁷: bis 30%; unvollendeter Versuch: 0-75%; blosse Gehilfenschaft: 20-70%; fehlende Fähigkeit, sich an die Normen zu halten: 10-75%;
- Straferhöhend könnten wirken: Explizit angegebenes tatbestandsfremdes, besonders verwerfliches Motiv, z.B. Vergewaltigung zur Disziplinierung etc.: bis 30%; treibende Kraft bei mehreren Tätern („Chefposition“, 10-30%);
- ambivalent ist zu beurteilen, wenn früher eine normale sexuelle Beziehung zwischen Täter und Opfer bestanden hat. Dies könnte für eine kleinere Traumatisierung des Opfers beim Delikt sprechen (z.B. gegenüber einem Täter, der nie in intime Nähe gekommen ist) und deshalb strafmindernd wirken; es könnte aber auch besonderes Vertrauen gebrochen werden, was eher Straferhöhung bedeuten würde¹⁴⁸.

¹⁴⁷ SCHÄFER, N. 869.

¹⁴⁸ SCHÄFER, N. 871.

2.5.2. Mögliche weitere Faktoren aus der Täterkomponente

- Strafmindernd könnten wirken: Völlige Vorstrafenfreiheit: bis 5%; Geständnis: 20-33%; Verletzung des Beschleunigungsgebotes: bis 30%; Eigenständig eingeleitete Therapie, Teilnahme an Stop-Gewalt-Programmen: bis 20%; besondere Strafempfindlichkeit: bis 20%; die gesetzlichen Strafmilderungsgründe von Art. 48 lit. d und e StGB: aufrichtige Reue: 10-100%, vgl. auch als Maximum Art. 53 StGB seit der Tat verstrichene Zeit: 10-40%
- Straferhöhend könnten wirken: Einschlägige Vorstrafen: 10-50%; Verteidigungsstrategie, die auf unnötig beleidigende und zerstörerische Art entgegen den vorliegenden Beweisergebnissen die Glaubwürdigkeit des Opfers in Zweifel zu ziehen versucht: bis 10%¹⁴⁹;

2.6. Ergebnis

Zu berücksichtigen ausserhalb der objektiven Tatschwere:

- Aus tatverschuldensabhängigen Faktoren:
Vorangehendes Opferverhalten war sehr ambivalent und konnte den Täter beeinflussen: mittelmässiger Einfluss, Reduktion um 20%
Saldo somit: Einsatzstrafe 26 Monate minus 20% (= 5 Monate) = 21 Monate; Total tatverschuldensabhängige Strafe: 21 Monate (= neue Basis 100% für die weiteren Faktoren).
- Aus tatverschuldensunabhängigen Faktoren:
Vorstrafenfreiheit: - 5%
Saldo somit: - 5%

Total Strafmass: 21 Monate minus ca. 1 Monate = 20 Monate.

3. Widerhandlungen gegen das BetmG (Art. 19 Ziff. 2 BetmG)

3.1. Zu beurteilender Sachverhalt¹⁵⁰

M., abgewiesener Asylbewerber und trotz Wegweisungsverfügung im Land geblieben) verkaufte während ca. 8 Monaten ca. 2,5kg Heroingemisch mit einem Reinheitsgrad von 14% hauptsächlich in 5g-Portionen an Konsumenten oder Wiederverkäufer. M. war nach längerer Zeit geständig, ca. 500g Heroingemisch an verschiedene Abnehmer verkauft zu haben. M. wurde verurteilt wegen Widerhandlungen gegen das BetmG, gewerbs- und mengenmässig qualifiziert und teilweise bandenmässig begangen durch Kauf, Verarbeitung (Strecken und Portionieren) und Verkauf von ca. 2,5 kg Heroingemisch. Der Strafraum beträgt 1–20 Jahre FS (Art. 19 Ziff. 1 und 2 lit. a, b und c BetmG).

3.2. Referenzsachverhalt

Der Täter verkauft während 6 Monaten in ca. 5 Geschäften total 12g reines Heroin (bei einem durchschnittlichen Reinheitsgrad von 16% ist von ca. 580g Heroingemisch auszugehen) an Wie-

¹⁴⁹ Die Grenze zur zulässigen Verteidigungsstrategie ist schmal, vgl. SCHÄFER N. 375 ff. und 872.

¹⁵⁰ Gem. Entscheid des Kreisgerichts VIII Bern-Laupen vom 8.2.2007 i.S. M., S 06 3509; nicht rechtskräftig.

derverkäufer oder Direktkonsumenten. Das Heroin bezieht er in Portionen von ca. 100g, verpackt es selber und verkauft es, ohne es weiter zu strecken.

3.3. Referenzstrafe

Ein Anker ist die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum mengenmässig schweren Fall. Bei einem Verkauf von 12g reinem Heroin drohen mindestens 1 Jahr FS. Die Drogenmenge verliert mit zunehmender Menge an Bedeutung. Hansjakob nimmt dies auf und verdoppelt die Strafe bei einer achtfachen Menge auf 24 Monate. Dies ist die Referenzstrafe für den Verkauf von 96g reinem Heroin in der Art und Weise des Referenzsachverhaltes. Sie bietet Raum für die hier zu erwartenden möglichen Strafminderungsgründe, wie z.B. blosser Transport: bis 30%; deutlich weniger als 5 Geschäfte: bis 10%; Vorstrafenfreiheit: bis 5% etc.¹⁵¹.

Die Referenzstrafen variieren also mit der reinen Drogenmenge. Dieses System hat sich bewährt und es kann weiter davon ausgegangen werden, allerdings mit einer Ausnahme: Bei den Mengen im Bereich zwischen 12 und 40g reinem Heroin lässt die Tabelle keinen Raum für Strafminderungen bei Geständnissen, blossem Transport, Vorstrafenfreiheit etc. Die Referenzstrafe für den Verkauf von 12g reinem Heroin ist deshalb auf 18 Monate FS zu erhöhen. Um bei 96g reinem Heroin wieder in die Tabelle einschwenken zu können, sollten folgende Intervalle gewählt werden: 25g – 19 Monate; 40g – 20 Monate; 65g – 22 Monate. Damit wird die Bedeutung der reinen Drogenmenge im Bereich zwischen 12 und 96g reinem Heroin leicht herabgesetzt.

3.4. Festlegung der Einsatzstrafe im konkreten Fall

M. verkaufte 2,5 kg Heroingemisch zu 14%, damit ca. 350g reines Heroin. Einstieg nach „Tabelle Hansjakob“ bei 36 Monaten FS; Zuschläge für hohe kriminelle Energie (z.B. 14-tägliches Wechseln von Telefonen, verschlüsselte Sprache etc., ausmachend bis 30%, hier „leicht“, ca. 10%), besonders hohe Anzahl von Transaktionen (bis 20%, hier „mittelschwer“, ausmachend 10%), zusätzliches Verarbeiten durch Vermischen. Abwägen und Verpacken der Drogen bis 30%, hier „leicht“, ausmachend 10%), für Gewerbsmässigkeit (bis 20%, hier „leicht“, 5%) und teilweiser Bandenmässigkeit (bis 20%, hier „sehr leicht“, da nur einen Teil der Verkäufe betreffend, ausmachend unter 5%), total Erhöhung der Referenzstrafe von 36 Monaten um ca. 35% oder 1/3, ausmachend eine Einsatzstrafe für objektive Tatschwere von 48 Monaten.

Weiter Erhöhungen der Referenzstrafe sind nicht zu erwarten. Im schwersten denkbaren Fall, wenn die maximalen Erhöhungsfaktoren gerechtfertigt sind, wird die Referenzstrafe demnach um 120% erhöht, d.h. für 96g reines Heroin auf ca. 4 ½ Jahre FS.

3.5. Individualisierende Strafzumessungsfaktoren bei Art. 19 Ziff. 2 BetmG

3.5.1. Mögliche weitere Faktoren aus der Tatkomponente:

- Strafmindernd könnten wirken: Klar nachgewiesenes uneigennütziges Motiv (z.B. Finanzierung von Arztkosten kranker Familienmitglieder: bis 10%; Beeinflussung durch V-Mann: 10-

¹⁵¹ Vgl die ausführliche Auflistung möglicher Strafzumessungsgründe in FINGERHUTH / TSCHURR, S. 376-380

50%; fehlende Fähigkeit, sich an die Normen zu halten: 5-75%; die gesetzlichen Strafmilderungsgründe von Art. 48 lit. a-c StGB¹⁵².

- Straferhöhend könnten wirken: Chefposition, ohne dass Bande vorliegt: bis 30%.

3.5.2. Mögliche weitere Faktoren aus der Täterkomponente

- Strafmindernd könnten wirken: Völlige Vorstrafenfreiheit: bis 5%; Geständnis 20 bis 33%; sehr guter Führungsbericht aus Strafvollzugsanstalt: bis 5%; besondere Strafempfindlichkeit bis 20%;
- Straferhöhend könnten wirken: Einschlägige Vorstrafen: 10-50%; sehr schlechter Führungsbericht aus Strafvollzugsanstalt: bis 10%.

3.6. Ergebnis

Zu berücksichtigen ausserhalb der objektiven Tatschwere:

- Aus tatverschuldensabhängigen Faktoren: keine
- Aus tatverschuldensunabhängige Faktoren: Vorstrafenfreiheit (5%) und sehr guter Führungsbericht (5%)
Saldo somit: -10%

Gesamtstrafe somit Einsatzstrafe von 48 Monaten minus ca. 5 Monate = 43 Monate FS

¹⁵² Rahmen s. vorne S. 33 Ziff. 1.5.1.

V. Schlussfolgerungen

Die Vorteile des soeben skizzierten Vorgehens liegen auf der Hand: Damit werden

- die Nachteile der mangelnden Vergleichbarkeit bisheriger Urteile beseitigt; das Strafmass wird in eine Einsatzstrafe objektiver Tatschwere und subjektive Strafzumessungsfaktoren unterteilt. Dadurch wird ein Vergleich von zwei Sachverhalten und zwei Strafen aufgrund der objektiven Tatschwere möglich;
- die Gewichtungen der einzelnen Faktoren durch Quantifizierung zahlenmässig klar,
- die Begründungen transparent und nachvollziehbar und dadurch
- allfällige Unterschiede zwischen Herstellung und Darstellung der Strafzumessung vermieden.

Das Modell hat sich in seinen Grundzügen in den oben angeführten Beispielen als praktikabel erwiesen, auch wenn die Bewertung der Faktoren noch genauer aufeinander abzustimmen ist.

Der Ansatz wird mit Sicherheit auch Kritik ernten. Dies war zumindest bei sämtlichen Strafzumessungsmodellen, die sich mit Quantifizierungen durch Zahlen befassten, der Fall. Bei Strafrechtlern scheint geradezu eine Phobie vor Zahlen zu bestehen. Dabei geht es hier keineswegs um mathematische Berechnung von Strafzumessungsfaktoren, Computerrechnen oder Anspruch auf mathematische Präzision – lediglich das Ausgehen von einer Referenzstrafe und das systematische Gewichten der einzelnen Strafzumessungsfaktoren sind gefragt. „Die berechnete Skepsis gegen die Illusion strikter Berechenbarkeit von Strafen muss aber nicht zur Folge haben, dass man den ganzen Strafzumessungsvorgang peinlich von Zahlen freihält und nur mit mehr oder weniger aussagekräftigen sprachlichen Wendungen eine zureichende gedankliche Verknüpfung der Strafzumessungstatsachen zustande zu bringen sucht, um dann erst beim allerletzten Schritt die gesamten Überlegungen zwangsläufig doch in eine Zahl, in Tage, Monate, Jahre transponieren zu müssen“¹⁵³. Strafzumessung im exakten Sinn ist nicht „rechenbar“. Demgegenüber muss sie berechenbar sein im Sinne der Transparenz und Nachvollziehbarkeit. Weil kein exakter Verknüpfungsmechanismus zur Verfügung steht, bleibt zur Erfüllung dieser Forderung einzig und allein die Schaffung eines Massstabes in Form von Referenzstrafen, beispielhafter Bewertung von Faktoren und Offenlegung der bewerteten und in die Waagschale geworfenen Umstände im konkreten Einzelfall. Die vorgeschlagenen Referenzstrafen sind in diesem Sinne Wegweiser und keine Messgeräte¹⁵⁴.

Nicht „Poenometrie“ ist das Ziel, sondern Vertretbarkeitsprüfung, damit auch Verrechtlichung des Zumessungsvorgangs, Transparenz und Kontrolle des wichtigsten Teils der Strafzumessung, statt Willkür durch freies Ermessen¹⁵⁵. Gegenüber einer so verstandenen Berechenbarkeit stösst die dagegen erhobene Kritik ins Leere, weil sie immer wieder das Gespenst des technokratischen Richters vor Augen hat, der die Strafe als scheinexakter mechanischer Tabellenkalkulator bestimmt¹⁵⁶. Ein solches Gericht findet in diesem Ansatz keinen Platz.

¹⁵³ DUBS, ZStW 1982 S. 169

¹⁵⁴ BRUNS, Strafzumessungsrecht, S. 24

¹⁵⁵ BRUNS, ZStW 1982 S. 114 und 125

¹⁵⁶ Z.B. ALBRECHT, ZStrR 1998 S. 423 ff.

Die Schlussfolgerungen aus den bisherigen Ausführungen lassen sich wie folgt zusammenfassen:

1. Für den Bereich der mittleren und schweren Kriminalität sind wie bei den Massendelikten Richtlinien zur Strafzumessung zu entwickeln. Vereinheitlichung der Strafzumessung muss mit Begrenzung der grossen Ermessensspielräume einhergehen. Strafzumessungsrichtlinien erfüllen diese Funktion, indem sie die weiten Strafrahmen verengen¹⁵⁷.

Diese Strafzumessungsrichtlinien enthalten folgende drei Themen:

1. Für jeden Tatbestand einen Referenzsachverhalt objektiver Tatschwere und eine dazugehörige Referenzstrafe.
 2. Für jeden Tatbestand eine nicht abschliessende Liste mit möglichen Veränderungen der Referenzstrafe aufgrund anderer Umstände bei der objektiven Tatschwere; der mögliche Umfang dieser Veränderungen ist mit einem Prozentrahmen zu bewerten.
 3. Für jeden Tatbestand eine nicht abschliessende Liste aller andern möglichen Strafzumessungsfaktoren ausserhalb der objektiven Tatschwere; auch diese Faktoren sind für ihren möglichen Einfluss zur Senkung oder Erhöhung der Einsatzstrafe mit einem Prozentrahmen zu gewichten.
2. Den Gerichten wird empfohlen, bei den schriftlichen oder mündlichen Urteilsbegründungen die zum Strafmass führenden Berechnungen offen zu legen.
 3. Die Richtlinien werden durch erfahrene Strafrechtspraktiker unter Beizug der Lehre in Berücksichtigung bisheriger Zumessungspraxis aufgestellt. Sie haben keine Gesetzeskraft, sondern dienen nur der Orientierung der strafzumessenden Behörden. Von ihnen kann im Bedarfsfall abgewichen werden.

„Faut pas trop brusquer les choses“¹⁵⁸. Mit dem hier gezeichneten Vorgehen soll keine Revolution in der Strafzumessung eingeleitet werden. Vielmehr geht es darum, verschiedene teils bekannte Gedanken auf den Punkt zu bringen und in pragmatischer Weise unter Einbezug der Praxis umzusetzen.

In diesem Sinne ist auch der provokative Titel der Arbeit zu relativieren: Hier wird gerade nicht ein Tarif vorgeschlagen, der unbesehen auf die einzelnen Fälle angewendet werden könnte und das Gericht von der Aufgabe befreit, die schuldangemessene Strafe zu finden. Vielmehr geht es darum, der Strafzumessung den Charakter des Griffs ins Dunkle¹⁵⁹ zu nehmen und ihr stattdessen Wegweiser zur Orientierung mitzugeben. Mit der Bewertung gestützt auf Referenzsachverhalte und Rahmengewichtungen soll zudem versucht werden, den „saut hardi“ zwischen Feststellung der Verschuldenselemente und dem Strafmass zu verkleinern. Kürzere Sprünge erleichtern nicht nur die Landung, sie verringern auch das Risiko eines Absturzes.

¹⁵⁷ STRENG, S. 316

¹⁵⁸ QUELOZ, ZStrR 1998 S. 168

¹⁵⁹ FRANZ VON LISZT, zit. in VON LINSTOW, S. 4

Umfrage KSBS betr. Strafzumessungsrichtlinien

- Gestellte Fragen: 1. Gibt es in Ihrem Kanton Richtlinien zur Strafzumessung?
 2. Wer hat sie erlassen?
 3. An wen richten sie sich?
 4. Welche Themen werden geregelt?
 5. Sind die Richtlinien öffentlich zugänglich?

Resultate¹⁶⁰

	Existieren?	Wer erlässt sie?	An wen gerichtet?	Geregelte Themen?	Öffentl.?
AI	Nein				
AR	Ja	VA / StA	VA; Gerichte: Kopie	Gem. KSBS plus eigene in SVG, BetmG, USG, kant. Gesetze u.a	Nein
BE	Ja	VBR	UR und Gerichte	SVG, BetmG, ANAG, USG, GSchG, TG, kant. Gesetze; KSBS übernommen	Nein
BL	Ja	Statthalterkonferenz / StA	Alle	Übertretungen im Bussenkatalog; Verbrechen/Vergehen im Sanktionenkatalog	Nein
BS	Ja	StA	StA; Gerichte: Kopie	div. Themen	Nein
FR	Ja	UR	UR; Gerichte u.StA: Kopie	SVG, BetmG, Vermögensdelikte; 169, 197, 217 StGB, ANAG, TG etc.	Nein
GL	KSBS		Verhörerichter	Gem. KSBS	KSBS
GR	Ja	StA	UR (=StA); Gerichte: Kopie	SVG, BetmG, ANAG	Nein
LU	Ja	UR	UR; Gerichte: Kopie	SVG umfass., BetmG, ANAG	Nein
NE	Ja	Ministère public	Ministère public	Vermögensdelikte; 217 StGB; 199 StGB, ANAG, BetmG, SVG kant. Gesetze etc.	Nein
NW	KSBS-RL + and. Kte ¹⁶¹	Verhöramt	Verhöramt / StA	KSBS plus weitere in SVG, ANAG, BetmG	Nein
OW	Ja	VA	VA	v.a. SVG und BetmG	Nein
SG	Ja	StA	StA und UR	Anpassung an neuen AT; SVG, ANAG, BetmG u.a.	Nein
SH	Ja	UR zus. m. StA	UR; Gerichte: Kopie	KSBS plus WG, Pornogr., 123 StGB, Vermögensdelikte u.a.	Nein (ausg. KSBS)
SO	Ja	StA	StA; Gerichte: Kopie	SVG 90-96; ANAG; BetmG; Pornographie; Vermögensdelikte ohne 172ter StGB	Nein
SZ	Ja	StA	UR	Wie KSBS	KSBS
TG	KSBS-RL		UR; StA; bei Gerichten bekannt	Gem. KSBS	KSBS
UR	Ja	StA	StA; Sicherheitsdir. Gerichte: Kopie	SVG, SDR, ARV, ANAG, BetmG, EGzStGB u.a.	Nein
VD	Ja	Minist. Publ. / UR / Conf. des Préfets	UR und Préfets ; Gerichte : Kopie	Analog KSBS	Nein
ZH	Ja	Ober-StA	StA	KSBS plus WG, SVG, ANAG, BetmG, Diebstahl / Einbruch, 123 StGB, Pornogr.	Ja

¹⁶⁰ gem. Schreiben KSBS / Autor vom 30.3.2007; keine Antworten von Aargau, Genf, Jura, Tessin, Wallis und Zug

¹⁶¹ NW zieht auch Richtlinien benachbarter Kantone bei

Schlussbemerkung

Ebenso klar erscheint andererseits, dass Phantasien wie das elektronische Tribunal von Giovanni Papini, bei dem das Strafmass aus einer wunderbaren schwarzen Maschine ausgedruckt werden kann, wenig praxistauglich sind.