

b) In Strafsachen (Abs. 2 lit. b) [header5="Marc Thommen/Roberto Faga"](#)

Auch in Strafsachen gilt der Grundsatz von Art. 103 Abs. 1, wonach der Beschwerde im 15 Normalfall keine aufschiebende Wirkung zukommt. Gemäss dem Bundesrat soll damit einer falschen Attraktivität des Rechtsmittels entgegengewirkt werden.¹ Dieser (bereits für sich diskutabel) Zweck legt nach Auffassung der Zivilrechtlichen Abteilungen eine einschränkende Auslegung der in Art. 103 Abs. 2 genannten Ausnahmen nahe.² Richtigerweise ist die Suspensivwirkung von Art. 103 Abs. 2 nicht per se einschränkend zu gewähren. Die Auslegung hat vielmehr vor dem Hintergrund der ratio legis zu erfolgen. Die aufschiebende Wirkung soll verhindern, dass durch eine voreilige Vollstreckung des angefochtenen Entscheids Fakten geschaffen werden, die nach einem abweichenden bundesgerichtlichen Entscheid nur schwer korrigierbar sind. Je grösser die Gefahr ist, durch den sofortigen Vollzug einer angeordneten Strafe oder Massnahme solche unabänderlichen Fakten zu schaffen, desto eher ist die aufschiebende Wirkung zu gewähren.

Nach Art. 103 Abs. 2 lit. b (Halbsatz 1) soll der Beschwerde in Strafsachen im Umfang der Begehren aufschiebende Wirkung zukommen, wenn sie sich gegen einen Entscheid richtet, der eine **unbedingte Freiheitsstrafe** oder eine **freiheitsentziehende Massnahme** anordnet. Gemäss der Botschaft soll in diesen Fällen «von Gesetzes wegen» die aufschiebende Wirkung gegeben sein. Mit dieser Gewährung aufschiebender Wirkung «ex lege» werden die Vollstreckungsfolgen des kantonalen Urteils einstweilen suspendiert, um zu verhindern, dass vor der bundesgerichtlichen Entscheidung in der Sache durch eine Änderung des bestehenden Zustands nur schwer wieder rückgängig zu machende Fakten geschaffen werden.³ Diese Gefahr der Schaffung irreversibler Umstände ist bei letztinstanzlich ausgefallenem Freiheitsentzug besonders hoch. Deshalb tritt hier von Gesetzes wegen die aufschiebende Wirkung ein.

Wie diese Suspensivwirkung «von Gesetzes wegen» zu verstehen ist, lässt sich am besten Besten 16 mit einem Blick auf die **frühere Praxis des Kassationshofs** beantworten. Unter altem Recht wurde die Gewährung aufschiebender Wirkung von zwei Voraussetzungen abhängig gemacht:

¹ Botschaft 2001 4342.

² BGer, I. ZA, 27.6.2007, 4A_116/2007, E. 2, nicht publ. in BGE 133 III; II. ZA, 4.2.2014, 5A_754/2013, E. 2.3.

³ BGer, II. ZA, 13.2.2009, 5A_3/2009, E. 2.3: «*En revanche, l'effet suspensif et les mesures provisionnelles des art. 103 et 104 LTF sont en principe ordonnés pour maintenir l'état de fait et sauvegarder des intérêts menacés durant la procédure devant le Tribunal fédéral.*»

In formeller Hinsicht musste sie explizit beantragt werden, und in materieller Hinsicht musste der Beschwerdeführer nachweisen, dass er bereits behördlich zum Antritt des Strafvollzugs aufgefordert worden war. Wurde die aufschiebende Wirkung bloss begehrt, ohne dies mittels eines Haftantrittsbefehls zu belegen, so wurde über den Antrag (einstweilen) nicht entschieden und dieser – sofern sich keine weiteren Änderungen ergaben – mit dem Entscheid in der Sache als gegenstandslos abgeschrieben. Über belegte Begehren wurde superprovisorisch verfügt und nach Einholung von Stellungnahmen der Gegenparteien entschieden.

17 **Nach geltendem Recht** ist nicht mehr relevant, ob der Vollzug unmittelbar droht respektive bereits angeordnet wurde. Es wird alleine darauf abgestellt, ob im angefochtenen Entscheid eine unbedingt vollziehbare Freiheitsstrafe ausgesprochen wurde. Ist dies der Fall, so wirkt eine Beschwerde automatisch vollzugaufschiebend. Damit steht fest, dass die aufschiebende Wirkung in den Fällen von Art. 103 Abs. 2 nicht mehr beantragt werden muss.⁴ Weil sie im Sinne der Botschaft «von Gesetzes wegen» eintritt, braucht sie vom Bundesgericht nicht (mehr) explizit angeordnet zu werden.⁵ Eine explizite Anordnung ist denkbar für den Fall, dass ein Kanton den Beschwerdeführer trotz hängiger Beschwerde zum Haftantritt auffordert. Soweit die aufschiebende Wirkung nicht nach Art. 103 Abs. 2 von Gesetzes wegen eintritt, muss sie beantragt werden.⁶ Auf einen solchen Antrag hin kann der Instruktionsrichter den Suspensiveffekt verfügen (Art. 103 Abs. 3). Nicht ausschlaggebend sind in diesem Zusammenhang die **Erfolgsaussichten** des Rechtsmittels.

18 Die Einschränkung im Gesetzestext, wonach die aufschiebende Wirkung (nur) «im Rahmen der Begehren» eintritt,⁷ hat in Strafsachen bloss marginale Bedeutung. In der Regel wird in den vom Bundesgericht behandelten Straffällen die Aufhebung des gesamten angefochtenen Urteils verlangt. In diesem Antrag ist auch das Begehren mitenthalten, einstweilen auf den Vollzug zu verzichten.⁸ Abweichendes gilt etwa, wenn bloss die Dauer, nicht aber die «Unbedingtheit» der Freiheitsstrafe oder z.B. nur Kostenfolgen angefochten würden. Suspendiert werden können aber nur die im Urteil direkt angeordneten Rechtsfolgen, nicht allfällige Administrativmassnahmen.⁹

⁴ BGer, StA, 9.5.2008, 6B_69/2008, E. 1.

⁵ Vgl. etwa BGer, StA, 2.10.2014, 6B_657/2014, E. 2.

⁶ BGer, II. ÖRA, 17.10.2007, 2C_128/2007, 2C_230/2007, E. 3.

⁷ Art. 103 Abs. 1.

⁸ BGer, StA, 15.7.2008, 6B_371/2008, E. 3.

⁹ BGer, StA, 13.10.2016, 6B_719/2016, E. 2; StA, 13.2.2017, 6B_681/2016, E. 1.

aa) Unbedingte Freiheitsstrafen/freiheitsentziehende Massnahmen

Wie erwähnt tritt die Suspensivwirkung ex lege ein, wenn sich die Beschwerde gegen einen 19
Entscheid richtet, der eine unbedingte Freiheitsstrafe anordnet.¹⁰ Präzisierend sind darunter
sämtliche Anordnungen von Freiheitsstrafen zu verstehen, deren **Vollzug nicht** (Art. 42 StGB)
oder **nur teilweise**¹¹ (vgl. Art. 43 StGB) aufgeschoben oder **widerrufen** (Art. 46 StGB) wurde.
Die Suspensivwirkung hängt damit vom Inhalt des Entscheids¹² und nicht von der Person des
Beschwerdeführers ab. CORBOZ hält zutreffend fest, dass dies zu erstaunlichen Ergebnissen
(„effets surprenants“) führen kann. So hat die Beschwerde mit Blick auf den Gesetzeswortlaut
selbst in jenen Fällen aufschiebende Wirkung, in denen die Staatsanwaltschaft Beschwerde führt
und eine strengere Bestrafung anstrebt.¹³ Nur schwer wieder gutzumachende Nachteile durch
den umgehenden Vollzug des angefochtenen Entscheids sind hier nicht erkennbar.

Bei der **Verweigerung der bedingten Entlassung** tritt nicht von Gesetzes wegen die 20
aufschiebende Wirkung ein. Wie vorne erläutert (N 1 ff.), dient das Institut der aufschiebenden
Wirkung dazu, den Eintritt einer angeordneten Rechtsfolge einstweilen zu suspendieren. Bei der
Verweigerung der bedingten Entlassung droht durch die angeordnete Rechtsfolge (i.c. Verbleib
im Strafvollzug) gerade keine Änderung des status quo, welche während des
Beschwerdeverfahrens aufgeschoben werden könnte. Ebenso wenig liegt ein Anwendungsfall
von Art. 103 Abs. 2 lit. b vor, wenn eine rechtskräftig zu einer unbedingten Freiheitsstrafe
verurteilte und sich im ordentlichen Strafvollzug befindende Person Beschwerde gegen die
Abweisung eines **Wiederaufnahmegesuchs** oder eines Gesuchs um **Vollzugslockerungen**
erhebt. Hingegen fällt mit VON WERDT der Widerruf einer bedingten Entlassung
(**Rückversetzung** i.S.v. Art. 89 StGB) in den Anwendungsbereich von lit. b.¹⁴

Auch auf die **Anordnung gemeinnütziger Arbeit** (Art. 37 StGB) ist Art. 103 Abs. 2 lit. b nicht 21
anwendbar. Diese Strafe beschränkt die Freiheit des Betroffenen zwar auch, doch ergibt sich aus
der Gesetzssystematik und den Marginalien von Art. 34–41 StGB klar, dass sie nicht zu den
Freiheitsstrafen gezählt wird.¹⁵ Bei der **Umwandlung** gemeinnütziger Arbeit (Art. 39 StGB)

¹⁰ BGer, StA, 9.5.2008, 6B_69/2008, E. 1.

¹¹ BGer, StA, 15.4.2008, 6B_668/2007, E. 1.1.3; StA, 26.11.2008, 6B_507/2008, E. 1.2.

¹² BGer, I. ZA, 8.7.2014, 4A_23/2014, E. 2.2.

¹³ Commentaire LTF²-CORBOZ, Art. 103 N 21.

¹⁴ SEILER/VON WERDT/GÜNGERICH/OBERHOLZER, BGG², Art. 103 N 9.

¹⁵ BGer, StA, 29.3.2008, 6B_653/2007, E. 1.

kann jedoch unter Umständen unbedingter Freiheitsentzug drohen, insoweit tritt die aufschiebende Wirkung ein. Gleiches gilt bei der Anordnung des Vollzugs einer **Ersatzfreiheitsstrafe** (Art. 36 und Art. 106 StGB).¹⁶

bb) Freiheitsentziehende Massnahmen[header=skip](#)

- 22 [header2="22 - 23a"](#)Unter die freiheitsentziehenden Massnahmen fallen die drei **stationären therapeutischen Massnahmen** der Behandlung von psychischen Störungen (Art. 59 StGB), der Suchtbehandlung (Art. 60 StGB) und der Massnahmen für junge Erwachsene (Art. 61 StGB) sowie die Verwahrung nach Art. 64 StGB. Werden solche Massnahmen im angefochtenen Urteil angeordnet, so tritt auch hier die aufschiebende Wirkung von Gesetzes wegen ein.

cc) Entscheid über Zivilansprüche

- 23 In Bezug auf die **adhäsionsweisen Zivilansprüche** ergibt sich aus Art. 103 Abs. 2 lit. b (Halbsatz 2), dass sich die aufschiebende Wirkung nicht von Gesetzes wegen auf die Zivilansprüche erstreckt. Will der Beschwerdeführer die Vollstreckung der Adhäsionsforderungen hemmen, so hat er dies explizit zu beantragen.¹⁷ Der Entscheid darüber obliegt dem Instruktionsrichter (Abs. 3).

dd) Kasuistik

- 23a – [header2="22 - 23a"](#)Ein Beschwerdeführer wandte sich gegen eine vom Appellationsgericht Basel-Landschaft ausgefallte 6-jährige Freiheitsstrafe. Das Bundesgericht hielt fest, dass der Beschwerde angesichts dieser Strafe im Rahmen der Begehren aufschiebende Wirkung zukommt. In der Beschwerde wurde unter anderem ein Freispruch verlangt. In diesem Begehren auf Freispruch ist auch der Antrag mitenthalten, einstweilen auf den Vollzug der Strafe zu verzichten. Die gestellten Rechtsbegehren stehen der nach Art. 103 Abs. 2 lit. b von Gesetzes wegen eintretenden Suspensivwirkung somit nicht entgegen.¹⁸

¹⁶ BGer, StA, 17.10.2011, 6B_462/2011, E. 2.

¹⁷ BGer, StA, 1.10.2010, 6B_432/2010, E. 1.1.

¹⁸ BGer, StA, 15.7.2008, 6B_371/2008, E. 3.

- Im selben Fall beantragte das Besondere Untersuchungsrichteramt Basel-Landschaft die Aufhebung der aufschiebenden Wirkung der beim Bundesgericht eingegangenen Beschwerde. Das Bundesgericht sah keinen Anlass für eine instruktionsrichterliche Anordnung nach Art. 103 Abs. 3: *«Mit dem Institut der aufschiebenden Wirkung werden durch ein vorinstanzliches Urteil angeordnete Rechtsfolgen bis zum endgültigen Entscheid des Bundesgerichts einstweilen suspendiert. Gerade im Bereich unbedingter Freiheitsstrafen soll mit der gesetzlichen Suspensivwirkung verhindert werden, dass durch den umgehenden Vollzug nur schwer wieder gutzumachende Nachteile geschaffen werden. Die vorliegend beantragte Aufhebung der aufschiebenden Wirkung führte zur sofortigen Vollstreckbarkeit der ausgesprochenen Freiheitsstrafe.»* Das Besondere Untersuchungsrichteramt lege nicht dar, weshalb vor der materiellen Behandlung der Beschwerde durch das Bundesgericht mit der Vollstreckung der ausgesprochenen Freiheitsstrafe zu beginnen sei. Die Fluchtgefahr sei durch die angeordnete Sicherheitshaft gebannt. Weitere Anordnungen erübrigten sich damit.¹⁹
- In einem die Verjährung betreffenden Fall hatte das Bundesgericht Anlass festzuhalten, dass der Umstand, dass nach Art. 103 Abs. 2 lit. b in gewissen Konstellationen von Gesetzes wegen aufschiebende Wirkung eintrete, die Beschwerde in Strafsachen nicht zu einem **ordentlichen Rechtsmittelverfahren** mache, während dessen Dauer die Verfolgungsverjährung weiterlaufe:²⁰ Die aufschiebende Wirkung hemmt nur die Vollstreckbarkeit des formell rechtskräftigen Urteils. Auf den Lauf der Verfolgungsverjährung hat die Aufschiebung der Vollstreckbarkeit keinen Einfluss. Wie die eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde ist auch die Beschwerde in Strafsachen ein unvollkommenes Rechtsmittel. Es findet keine uneingeschränkte Überprüfung aller Rechts- und Tatfragen statt. Vielmehr ist sie grundsätzlich beschränkt auf eine «revisio in iure» sowie die Überprüfung offenkundig falscher Sachverhaltsfeststellungen.²¹ Das Bundesgericht prüft, ob die kantonale Instanz zum Zeitpunkt ihres Entscheids das Bundesrecht richtig angewendet hat.²² Abgesehen von den Fällen reformatorischer Entscheidung, in denen das Bundesgericht an Stelle der kantonalen Vorinstanz entscheidet, läuft die Verfolgungsverjährung während eines

¹⁹ BGer, StA, 15.7.2008, 6B_371/2008, E. 3.

²⁰ BGer, StA, 11.11.2008, 6B_440/2008/6B_441/2008/6B_454/2008, E. 3.3, bestätigt in BGer, StA, 23.8.2012, 6B_811/2010, E. 1, und StA, 23.11.2015, 6B_310/2014, E. 4.1.2 und 4.4; zur Verlängerung respektive zum Ruhen der Vollstreckungsverjährung aufgrund der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde vgl. auch BGer, StA, 17.10.2012, 6B_366/2012, E. 1.3.

²¹ BGE 133 IV 286.

²² BGer, StA, 9.7.2008, 6S.115/2007, E. 2.1.

strafrechtlichen Beschwerdeverfahrens nicht weiter. Sie ruht vielmehr. Aus diesem Entscheid darf gefolgert werden, dass das Bundesgericht strafrechtliche Beschwerdeverfahren zumindest im Normalfall einer kassatorischen Entscheidung als ausserordentliche Rechtsmittelverfahren ansieht.²³

²³ Ähnlich ZIEGLER, SJZ 2006, 56 f.; BGer, StA, 24.8.2007, 6B_146/2007, E. 7.2, nicht publ. in BGE 133 IV 293; StA, 23.8.2012, 6B_843/2011, E. 2.3.2.; s.a. BGer, StA, 11.11.2008, 6B_440/2008, 6B_441/2008, 6B_454/2008, E. 3.3. Diese Einteilung ist in der Lehre nicht unbestritten, vgl. für eine Übersicht S. KOCH, Asperationsprinzip und retrospektive Konkurrenz, Zürcher Studien zum Strafrecht Band/Nr. 71, Zürich 2014, 174 ff.; (teilweise) abweichend z.B. SCHMID, Handbuch², Rz. 1628 («tendenziell eher ordentliches»); PIQUEREZ, Procédure³, Rz. 2160 ff. («réformatoire et cassatoire»); DONATSCH/SCHWARZENEGGER/WOHLERS², Strafprozessrecht, 339 f. (grundsätzlich reformatorisch). Bemerkenswert ist, dass das BGer die Beschwerde in *öffentlich-rechtlichen* Angelegenheiten als ordentliches und grundsätzlich reformatorisches Rechtsmittel bezeichnet (BGE 138 II 169 E. 3.3).