

# Korrektur einer verunglückten Gesetzgebung: Zur erneuten Revision des AT-StGB

MARTIN KILLIAS\*

Schlagworte: StGB-Revision, StGB Allgemeiner Teil, Sanktionenrecht, Freiheitsstrafe (kurze), bedingter Strafvollzug

## A. Ausgangslage

Am Tag, da diese Zeilen geschrieben werden, hat der Bundesrat beschlossen, das Justiz- und Polizeidepartement zu beauftragen, zuhanden des Parlaments eine Vorlage über eine erneute Revision des Allgemeinen Teils des StGB auszuarbeiten. Vorgesehen ist, bedingte Geldstrafen aus dem System der Sanktion zu verbannen und die kurzen Freiheitsstrafen wieder einzuführen. Damit sind zwei Kernstücke der 2007 in Kraft getretenen Revision des AT-StGB in Frage gestellt. Wie ist diese erneute Revision zu bewerten und vermögen die seither gemachten Erfahrungen diesen Schritt zu rechtfertigen?

Der Schreibende hat in einem 1994 erschienenen Beitrag umfassend zur Reform der strafrechtlichen Sanktionen Stellung genommen.<sup>1</sup> Im Vordergrund standen damals die weit überschätzte Entlastungswirkung auf den Strafvollzug, die befürchtete Verdrängung kurzer durch längere Freiheitsstrafen, die unbelegte Schädlichkeit kurzer Freiheitsstrafen, der Verlust an sozialer Gleichheit im Strafrecht und die gefährdete Glaubwürdigkeit des Strafrechts. Wie im Folgenden zu zeigen sein wird, sind diese Folgen weitgehend eingetreten – einige schlimmer als erwartet, andere von der breiteren Öffentlichkeit noch kaum bemerkt.

---

\* Prof. Dr. iur. et lic. phil., Professor für Straf- und Strafprozessrecht unter Einschluss von Kriminologie an der Universität Zürich.

1 MARTIN KILLIAS, Der Kreuzzug gegen kurze Freiheitsstrafen: Historische Hintergründe, neue Erwartungen – und die verdrängten Folgen, in: Stefan Bauhofer (Hrsg.), Reform der strafrechtlichen Sanktionen, Zürich/Chur 1994, S. 111–139

## B. Entlastung der Gefängnisse?

Von der Beseitigung der kurzen Freiheitsstrafe unter sechs Monaten versprochen sich die Befürworter der Revision eine nachhaltige Entlastung des Strafvollzugs und damit auch eine Einsparung der Ausgaben für Gefängnisse und ihren Betrieb.<sup>2</sup> Tatsächlich ist die Insassenpopulation der schweizerischen Strafanstalten auch nach der Einführung des neuen Systems weiter gewachsen.<sup>3</sup> Waren am Stichtag (jeweils am 1. September) 2006 insgesamt 5 888 Gefangene inhaftiert, wovon 3 713 regulär eine Strafe oder Massnahme verbüssten, so waren es 2010 6 181, wovon (2009) wiederum 3 717 auf den Straf- und Massnahmenvollzug entfielen. Dabei ist in dieser Zeitspanne die Anzahl der Verurteilungen zu einer unbedingten Freiheitsstrafe massiv zurückgegangen, nämlich von 14 088 im Jahre 2006 auf 5 876 im Jahre 2009<sup>4</sup>. Zu erklären ist diese paradoxe Entwicklung wohl so, dass nach der Revision die Freiheitsstrafen tendenziell länger geworden sind. Dies gilt natürlich nicht in allen Fällen, doch genügt – wie eine Simulationsrechnung<sup>5</sup> gezeigt hat – ein Verlagerungseffekt von kurzen zu längeren Strafen in rund einem von sechs Fällen, damit der Entlastungseffekt aufgehoben wird. Dazu kommt die analoge Wirkung der Anhebung der Grenze für den bedingten Strafvollzug. Wie KUHN<sup>6</sup> nachweisen konnte, war eine analoge Gesetzesänderung im Jahre 1971, als die Grenze für den «Bedingten» von 12 auf 18 Monate angehoben wurde, von einer deutlichen Verlängerung der Freiheitsstrafen begleitet. Da Richter – wie in Lehre und Rechtsprechung (so schon BGE 116 IV 312 E.2d) gefordert – ergebnisorientiert entscheiden, pflegen sie die Länge der Freiheitsstrafe zumindest in Grenzfällen je nach dem gewünschten Ergebnis jeweils so zu bemessen, dass der bedingte Strafvollzug gerade noch möglich bleibt – oder eben nicht. Letzteres tun sie vor allem dann, wenn der Angeklagte keine Vorstrafen erlitten hat, die der Gewährung des bedingten Strafvollzugs entgegenstünden, und eine unbedingte Freiheitsstrafe nur in Frage kommt, wenn von der Länge derselben her kein anderes Ergebnis möglich bleibt. Analoge Verschiebungen liessen sich im Anschluss an die in BGE 127 IV 97 E.3 begründete (und in BGE 134 IV 17 E.3.4 wieder aufgegebene) Praxis beobachten, wonach der Richter bei Freiheitsstrafen, die nur wenig über der Obergrenze von 18 bzw. 24 Monaten liegen (und wohl genau darum so festgelegt wurden, um den andernfalls unvermeid-

2 HANS SCHULTZ, Bericht und Vorentwurf zur Revision des Allgemeinen Teils und des Dritten Buches «Einführung und Anwendung des Gesetzes» des Schweizerischen Strafgesetzbuches, Bern 1987, S. 77.

3 Dass die Anzahl der Untersuchungshäftlinge seit anfangs 2011 massiv zurückgegangen ist, war eine Folge der neuen StPO und der restriktiveren Bedingungen für die Anordnung und Verlängerung der Untersuchungshaft, hat also mit dem neuen StGB nichts zu tun.

4 Bundesamt für Statistik, Strafurteilsstatistik (Stand 30.06.10).

5 FABIEN CARUZZO, La limite supérieure du sursis, ZStrR 118/1 (2000), S. 67–82.

6 ANDRÉ KUHN, Punitivité, politique criminelle et surpeuplement carcéral – ou comment réduire la population carcérale, Bern 1993.

lichen «Bedingten» zu umgehen), die Reduktion auf eine Strafe von nicht mehr als 18 Monaten zu prüfen hatte – just um den «Bedingten» trotz allem zu ermöglichen. Wie eine Auswertung der Strafzumessungsdaten ergeben hat, war die Folge eine generelle Verlängerung der Strafen, da die Richter nunmehr genau wussten, dass die relevante Schnittstelle nicht mehr bei 18, sondern bei 20 oder 21 Monaten lag. Ein ähnlicher Verlagerungseffekt zeigte sich, als in den Neunzigerjahren in den meisten Kantonen die gemeinnützige Arbeit als eine Form der Verbüßung kurzer Freiheitsstrafen (von bis zu drei Monaten) eingeführt wurde: Auch hier nahmen die unbedingten Freiheitsstrafen zu, und zwar genau in der Länge, die noch in dieser neuen Form vollzogen werden konnten.<sup>7</sup>

Aufgrund der verfügbaren Daten liesse sich an sich errechnen, wie viele Freiheitsstrafen seit der Revision auf 24 (anstatt wie bisher 18) Monate angehoben wurden, doch ist eine solche Evaluation – die sich von der Arbeit von KUHN (1993) inspirieren lassen könnte – bis anhin ausgeblieben und im Rahmen der Evaluation des Bundesamts für Justiz offenbar auch nicht vorgesehen. Kompliziert würde eine solche Evaluation durch die gleichzeitige Einführung der teilbedingten Strafe. Dabei wurde diese ursprünglich als Ausweg aus dem Dilemma vorgeschlagen, das mit dem Zwang verbunden ist, die ganze Strafe bedingt aufzuschieben oder aber vollstrecken zu lassen. Wie die Arbeit von CARUZZO<sup>8</sup> vermuten lässt, standen sich hier zwei konträre Wirkungen gegenüber: Einerseits dürfte die Möglichkeit, Strafen über zwei und bis zu drei Jahren teilweise bedingt aufzuschieben, zu einer Verkürzung der netto zu verbüßenden Strafzeit beigetragen haben; andererseits ist zu erwarten, dass Richter, die eine Strafe auch nicht teilweise bedingt aufschieben möchten, vermehrt Strafen von mehr als drei Jahren ausfällen. Richter pflegen ergebnisorientiert zu entscheiden und werden zwingende Grenzen wie diejenige zwischen «bedingt», «teilbedingt» und «unbedingt» problemlos zu umschiffen wissen. Dazu finden sich in der Rechtsgeschichte zahlreiche Beispiele.<sup>9</sup> Dass solche Wirkungen auch hier eingetreten sind, ist auch darum wahrscheinlich, weil das Bundesgericht mit seiner Rechtsprechung – etwa zur Geldstrafe<sup>10</sup> oder zur (teil-)bedingten Strafe<sup>11</sup> – die Schnittstellenproblematik deutlich verschärft und nicht etwa abgeschwächt hat.

Wie stark solche Wirkungen eintreten und inwieweit sie sich gegenseitig teilweise aufheben, ist nur empirisch zu entscheiden. Grundsätzlich belegen

---

7 MARTIN KILLIAS, PETRA CAMATHIAS und BRIGITTE STUMP, Alternativ-Sanktionen und der «Netwidening»-Effekt: ein quasi-experimenteller Test. Unerwartete Wirkungen der gemeinnützigen Arbeit auf die Strafzumessung in der Schweiz, ZStW 112/3 (2000), S. 637–652.

8 CARUZZO (Fn 5).

9 Zu den historischen Beispielen vgl. MARTIN KILLIAS, ANDRÉ KUHN, NATHALIE DONGOIS und MARCELO AEBI, Grundriss des Allgemeinen Teils des Schweizerischen Strafgesetzbuches, Bern 2009, Rz 1204.

10 BGE 134 IV 60 E. 6.5.2, 134 IV 97 E. 5.2.3

11 BGE 134 IV 1 E. 5.5.2.

aber die bisherigen Erfahrungen klar, dass die Schnittstellenproblematik regelmässig zu entsprechenden Skalenverschiebungen bei der Strafzumessung führt. Dies ist denn auch klar die Erfahrung anderer Länder, die – mit dem Ziel, die kurzen Freiheitsstrafen «zurückzudrängen» – ähnliche Revisionen ihres Strafrechts eingeführt haben, so Spanien, Portugal, Polen, Zypern und Griechenland. In all diesen Ländern sind die Gefangenenzahlen drastisch – um teils über 100 Prozent – angestiegen,<sup>12</sup> dies wegen der Verlängerung der Strafdauer als Folge veränderter Skalen. Dabei bleiben die «Anpassungen» nicht auf Strafen nahe der alten bzw. neuen Schnittstelle beschränkt, da Veränderungen im unteren und mittleren Bereich zwangsläufig dazu führen, dass auch schwerere Strafen weit jenseits der Grenzwerte mit der Zeit länger werden – dies infolge der allgemeinen «Inflation» der Strafdauer. Dass die Revision des StGB jedenfalls keine Entlastung bewirkt hat, belegen die weiterhin steigenden Belegungszahlen im Bereich des Straf- und Massnahmenvollzugs. Wegen der zeitverzögerten Wirkung einer schleichenden Verlängerung der durchschnittlichen Strafdauer ist weiter damit zu rechnen, dass die Tendenz zu höheren Gefangenenzahlen noch lange nicht abgeschlossen ist.

Zu einer Erhöhung der Gefangenenrate beitragen wird über kurz oder lang auch die Vermehrung von Ersatzfreiheitsstrafen. Eine hervorragend dokumentierte Studie von RASELLI<sup>13</sup> hat schon früh während des Revisionsprozesses aufgezeigt, dass der Übergang zum System der Geldstrafe mit Tagessätzen viele Verurteilte vor grosse Liquiditätsprobleme stellen wird. Obschon damals energisch bestritten, sind diese Wirkungen ziemlich genau wie prognostiziert eingetreten. Nach den Angaben von ECKERT und KÜFFER (in diesem Heft) haben im Kanton Zürich – trotz teils sehr tiefer Tagessätze – rund ein Drittel der Verurteilten grosse Mühe, ihre Geldstrafe zu begleichen, und in rund einem Viertel der Fälle kam es denn auch zur Anordnung einer Ersatzfreiheitsstrafe. Dabei sind auch die günstigen wirtschaftlichen Verhältnisse in den Jahren seit Inkrafttreten des neuen StGB sowie die Zeitverzögerung zu berücksichtigen, mit welcher die Ersatzfreiheitsstrafe üblicherweise angeordnet wird. Was sich hier abzeichnet, ist nichts anderes als eine soziale Umverteilung der unbedingten Freiheitsstrafe: Neu trifft sie vor allem diejenigen, die nicht über die nötigen liquiden Mittel verfügen, um eine unbedingte Geldstrafe zu begleichen.

12 ANDRÉ KUHN, *Détenus: Combien? Pourquoi? Que faire?*, Bern/Stuttgart/Wien 2000. Für die neuere Entwicklung vgl. *European Sourcebook of Crime and Criminal Justice Statistics* (2003, 2010, jeweils Tab. 4.2.1.1, <[www.europeansourcebook.org](http://www.europeansourcebook.org)>).

13 NICCOLÒ RASELLI, *Auswirkungen der Geldstrafe gemäss Vorentwurf zur StGB-Revision*, *Kriminologisches Bulletin* 20/1 (1994), S. 71–86.

### C. Wenig kohärente Bemessung der Geldstrafen

Die Regelung über die Bemessung der Geldstrafe ist im Gesetz gründlich missglückt. Ein Vorschlag, die Grundsätze der Bemessung in einer bundesrätlichen Verordnung zu regeln, wurde unglücklicherweise verworfen – hätte man in Art. 34 StGB einen solchen Vorbehalt (beispielsweise als Absatz 5), könnte die Verwaltung über Spezialisten etwa des Steuerrechts, die ihre Erfahrungen in der Ermittlung wenig transparenter Einkünfte leicht einbringen könnten, dazu beitragen, das richterliche Ermessen angemessen zu strukturieren. Dies hat an ihrer Stelle nunmehr das Bundesgericht in einer Reihe von Leitentscheiden versucht.<sup>14</sup> Dabei ist es vorgegangen, wie ein Gericht es nie tun sollte: Es hat nämlich in langfädigen Urteilen sich angeschickt, alle Fragen zu entscheiden, die sich im konkreten Fall zwar nicht stellten, aber irgendwann dem Bundesgericht vorgelegt werden könnten. Damit hat das Bundesgericht alle Vorteile richterlicher Entscheidungen aus der Hand gegeben und gleichzeitig die Nachteile richterlichen Arbeitens maximiert: Den Vorteil nämlich, dass Gerichte konkrete Sachverhalte entscheiden und damit genau wissen, welche Auswirkungen ihre Entscheidung im vorliegenden Streitfall haben wird, und den Nachteil, dass ein Gericht keinen Verwaltungsstab zu seiner Seite hat, der ihm beispielsweise die Auswirkungen verschiedener Bemessungsgrundsätze der Geldstrafe durchrechnet. So konnte das Gericht – entgegen dem klaren Gesetzestext – erklären, die Vermögenslage des Verurteilten falle im Normalfall nicht in Betracht<sup>15</sup>, und den Mindest-Tagessatz auf deutlich unter 10 Franken festsetzen, um dann in einem späteren Fall genau dies wieder zu widerrufen.<sup>16</sup> Dabei hat das Bundesgericht in dieser Hinsicht eigentlich Glück gehabt, verstreichen doch nach einer Entscheidung unter Umständen Jahre, bis dieselbe Frage dem Gericht erneut vorgelegt wird. Demgegenüber fällt es der Verwaltung und der Exekutive wesentlich leichter, eine unbefriedigende Regelung rasch wieder zu ändern.

Die Bemessung der Geldstrafe nach Tagessätzen ist an sich eine erfreuliche Neuerung. Das Problem liegt nur darin, dass die korrekte Berechnung des Einkommens, auf dem die Tagessätze beruhen, bei den gerade vor Gericht nicht seltenen Fällen relativ unregelmässiger Lebensverhältnisse nicht einfach ist. Schon bei durchschnittlichen Lebensumständen etwa eines Beschuldigten aus der Mittelschicht kann die Frage grosses Kopfzerbrechen verursachen, inwiefern der oft weit über dem Kinderabzug liegenden Aufwand für Kinder in Ausbildung vom Einkommen abzuziehen ist. Noch heikler sind Schätzungen von Einkünften und Umsätzen etwa von Personen mit unregelmässigen, aber nicht unerheblichen Verdienstquellen (etwa im Sexgewerbe oder in Gastrobetrieben). Gewiss

14 So in BGE 134 IV 60, 134 IV 97.

15 BGE 134 IV 60 E. 6.2.

16 BGE 135 IV 180 E. 1.4, mit dem die frühere Rechtsprechung (im Band 134) faktisch ausgehebelt wurde (was das Bundesgericht nicht als Änderung, sondern «Präzisierung» der Rechtsprechung kaschierte).

kann, wie die Kommentare dazu festhalten, das Gericht in solchen Fällen auf Schätzungen ausweichen, doch benötigen einigermaßen seriöse Abklärungen sehr viel Zeit, die im Allgemeinen an einer Gerichtsverhandlung nicht zur Verfügung steht.<sup>17</sup> Die Berechnung der Tagessätze wird daher entweder das Gericht überfordern – oder aber zu krass unbilligen Entscheidungen führen. So etwa, als ein Gericht gegenüber einem gewalttätigen Milliardärssohn, der in einem Grandhotel zu logieren pflegte, den Tagessatz auf 300 Franken festsetzte, obwohl allein die Suite, die er permanent bewohnte, über 1000 Franken pro Tag gekostet haben dürfte. Man stelle sich vor, der Steuergesetzgeber würde sich damit begnügen, die Veranlagungsbehörden im Gesetz anzuweisen, die Steuern «unter Berücksichtigung aller relevanten Einkommens- und Abzugsfaktoren angemessen zu bemessen» – ohne der Behörde einen Tarif mitzugeben, aus welchem hervorgeht, wie viel beispielsweise für den Unterhalt eines Kindes oder die Berufskosten abzuziehen ist. Eine solche Regelung würde dem Gesetzgeber zu Recht den Vorwurf eintragen, seiner Normierungspflicht ungenügend nachgekommen zu sein. Für die Praxis ist es eine Zumutung, wenn alles und jedes in einer Verhandlung errechnet und bestimmt werden muss – eine Tarifierung in Form einer Verordnung, die einem vereinfachten Steuererlass ähneln würde, wäre die Mindestvoraussetzung, um das Funktionieren des Systems der Tagessatz-Geldstrafe sicherzustellen. Wie es scheint, ist in der bundesrätlichen Vorlage diesbezüglich nichts enthalten, doch ist zu hoffen, dass diese kleine, aber wichtige Nachbesserung in der weiteren Beratung der Vorlage noch aufgenommen wird.

#### **D. Soziale Umverteilung der Freiheitsstrafe**

Als die Revision des Allgemeinen Teils des StGB beraten wurde, hat der Schreibende zu bedenken gegeben, ob der Verzicht auf die kurze Freiheitsstrafe nicht auch dazu führen könnte, dass im Gefängnis am Ende nur noch marginale Figuren und vor allem Ausländer enden könnten – also Personen, die ihre – wie immer auch bemessene – Geldstrafe nicht bezahlen können oder die wegen ihrer Herkunft für andere Sanktionen weniger in Frage kommen. Diese Kritik wurde damals besonders unwirsch aufgenommen. Inzwischen hat die Realität die Vorahnungen übertroffen. Zunächst sind – allen Voraussagen zum Trotz – die kurzen Freiheitsstrafen nicht verschwunden. So betrug die Dauer der unbedingten Freiheitsstrafen im Jahre 2009 in nicht weniger als 63% weniger als 6 Monate – der als «Sicherheitsventil» eingebaute Art. 41 StGB, der kurze unbedingte Freiheitsstrafen zulässt, wenn keine anderen Sanktionen Erfolg ver-

---

17 Eingehender dazu MARTIN KILLIAS, Eine unlösbare Aufgabe: die korrekte Bemessung der Geldstrafe im Gerichtssaal, in: Brigitte Tag und Max Hauri (Hrsg.), Die Revision des Strafbuches, Allgemeiner Teil, Zürich 2006, S. 105–118.

sprechen würden oder umsetzbar wären, ist damit zu einem sehr häufigen Tatbestand geworden – dies namentlich gegenüber Ausländern. Wie sich nämlich zeigte, werden nunmehr (2009) – wie prognostiziert – vorwiegend Ausländer zu unbedingten Freiheitsstrafen verurteilt, nämlich 81% gegenüber 62% im Jahre 2006<sup>18</sup>. Zwar ist das Problem der starken Übervvertretung von Ausländern in den Gefängnissen auch durch die hohe Beteiligung von nicht in der Schweiz wohnhaften Personen an der Kriminalität in der Schweiz bedingt. Umso gravierender ist es, wenn durch Strafzumessungsregeln des StGB dieser Anteil noch über das unvermeidliche Mass hinaus verschärft wird. Es ist noch kaum andiskutiert, was es für die Legitimität des Systems bedeuten wird, wenn in den Gefängnissen der Schweiz nur noch Ausländer – sowie einige schweizerische Pädophile – untergebracht sind. «*America's black prisons*» gibt einen Vorgesmack, was für Herausforderungen auf die Politik zukommen werden.

Dabei ist das Problem der Ersatzfreiheitsstrafen noch gar nicht angesprochen. Das Bundesamt für Statistik führt offenbar noch keine Statistik über umgewandelte Geldstrafen. Wenn der Befund von ECKERT und KÜFFER (in diesem Heft), wonach ungefähr ein Viertel aller unbedingten Geldstrafen in Freiheitsstrafen umgewandelt werden müssen, auch auf andere Landesteile zutreffen sollte, wäre bei insgesamt gut 10 000 unbedingten Geldstrafen, die die schweizerischen Gerichte aussprechen, mit mindestens weiteren 2 000 Ersatzfreiheitsstrafen jährlich zu rechnen. Da es sich hier vorwiegend um mittellose Verurteilte handeln wird, dürfte sich die damals aufgestellte These, die kurze Freiheitsstrafe werde nicht abgeschafft, sondern nur sozial umverteilt, weitgehend bewahrheiten.

## **E. Gemeinnützige Arbeit: Nicht erfüllte Hoffnungen**

Weitere Annahmen der StGB-Revision haben sich erwartungsgemäss nicht bewahrheitet. So ist die gemeinnützige Arbeit nicht wie erhofft zu einer wichtigen Straftat geworden, sondern stark zurückgegangen (MICHLLIG, in diesem Heft). Dies war – nicht überraschend – die Folge der Umwandlung von einer Vollzugsmodalität zu einer Hauptstrafe. Hat früher die Verwaltung gemeinnützige Arbeit nach eingehender Prüfung der persönlichen Lebensumstände, der Motivation und Eignung der verurteilten Person angeordnet, so wurde diese Aufgabe nun dem Richter übertragen. Die Tatsache, dass die Misserfolgsrate (vor allem infolge vorzeitiger Abbrüche) stark angestiegen ist, deutet darauf hin, dass die Richter dieser Aufgabe in der kurzen Zeit, die ihnen Rahmen einer Hauptverhandlung dafür zur Verfügung stehen, weniger gewachsen sind als die Strafvollzugsämter. Möglich wäre aber auch, dass die Betroffenen unter dem alten System, als die Verwaltung bei Schwierigkeiten jederzeit mit dem

---

18 Bundesamt für Statistik, Strafurteilsstatistik (Stand 30.06.10).

Abbruch der gemeinnützigen Arbeit und der Versetzung in ein Gefängnis drohen konnte, leichter zu beeindrucken waren als heute von der vagen Möglichkeit, dass die Verwaltung dem Richter die Umwandlung in eine Ersatzfreiheitsstrafe beantragen könnte. Jedenfalls erfolgt heute die Rückversetzung in den Strafvollzug bei weitem nicht so formlos und schnell wie vor 2007. Denkbar wäre, im Zuge der nun eingeleiteten Revision die gemeinnützige Arbeit erneut als Vollzugsform einer (kurzen) Freiheitsstrafe auszugestalten, zu deren Anordnung die Verwaltung zuständig wäre – allenfalls mit einer Beschwerdemöglichkeit an eine richterliche Behörde.

## F. Weniger Rückfälle dank «wirksamerer» Strafen?

Entscheidend ist aber wohl die Frage, ob mit der Rückkehr zu kurzen Freiheitsstrafen ein Anstieg der Rückfälligkeit zu befürchten wäre. Dass kurze Freiheitsstrafen mit mehr Rückfällen einhergehen, wurde jahrzehntelang behauptet und mit einer langen Reihe wenig valider Studien scheinbar bewiesen. Tatsächlich haben wir anlässlich einer systematischen Literaturübersicht mit Meta-Analyse im Rahmen des Campbell-Netzwerkes hunderte von Studien lokalisieren können, bei denen die Rückfälligkeit nach Verbüßung von Freiheitsstrafen höher war als nach anderen Strafarten.<sup>19</sup> Die Erklärung lautete seit 1850, als ARNOULD BONNEVILLE DE MARSANGY<sup>20</sup> diese These in die Welt setzte, immer gleich: dass nämlich eine kurze Inhaftierung die Betroffenen der Gefahr der «Ansteckung» mit dem «Virus» Kriminalität aussetze und von Arbeitsplatzverlust und sozialer Desintegration begleitet sei. Kaum beachtet wurde hingegen bei diesem Diskurs, dass überall Verurteilte mit mehr Vorstrafen und stärkerer Belastung eher zu Freiheits-, diejenigen mit günstiger Prognose dagegen eher zu Alternativstrafen verurteilt werden. Wenn aber systematisch Menschen mit unvoreilhafter Prognose in den Freiheitsentzug gelangen, ist auch weiter nicht verwunderlich, dass Rückfälle in dieser Gruppe besonders häufig auftreten. Zwar haben bessere Studien versucht, die wichtigsten Risikofaktoren – also die Vorstrafen, Geschlecht und Alter – zu berücksichtigen, was prompt dazu führte, dass die anfänglich dramatischen Unterschiede in der Rückfallrate wie Schnee an der Sonne dahinschmolzen. Das Problem quasi-experimenteller Studien ist indessen, dass neben den Vorstrafen noch viele andere prognoserelevanten Umstände in die Sanktionsentscheidung einzufließen pflegen, so etwa der Umgang des Beschuldigten mit Alkohol und anderen Substanzen, sein Ruf am Arbeitsplatz, seine Berufskarriere und sein Verhalten gegenüber Angehörigen.

19 PATRICE VILLETZAZ, MARTIN KILLIAS, ISABEL ZODER, The Effects of Custodial vs. Non-Custodial Sentences on Re-Offending: A Systematic Review of the State of Knowledge, Campbell Systematic Reviews 2006:13 (<[www.campbellcollaboration.org](http://www.campbellcollaboration.org)>)

20 Zu diesem Pionier des Kampfes gegen kurze Freiheitsstrafen vgl. KILLIAS/KUHN/DONGOIS/AEBI (Fn 9), Rz 1345.



Dazu kommt allenfalls noch der persönliche Eindruck, den er durch sein Auftreten bei den Richtern hinterlassen hat, und namentlich Anzeichen vorhandener oder aber fehlender Einsicht. Alle diese Umstände spielen bei der Wahl der Straftat zweifellos eine Rolle – und beeinflussen darüber hinaus das Rückfallrisiko. Auch in sehr aufwändigen Studien wäre es unmöglich, sie alle zu berücksichtigen, zumal viele dieser Informationen nicht in die schriftliche Urteilsbegründung einfließen und auch in den Akten keine Spuren hinterlassen.<sup>21</sup> Der einzige Weg, um derartige «Störeinflüsse» zu eliminieren, liegt im kontrollierten Experiment, bei welchem die Betroffenen durch Zufall (also das Los) verschiedenen Sanktionsarten zugewiesen werden. Dieses Vorgehen hat den grossen Vorteil, dass die verschiedenen Gruppen ab einer gewissen Mindestgrösse (in der Regel rund 50 Personen) als «gleich» unterstellt werden können. Alle Unterschiede, die sich in der Folge zeigen, können dann – kausal – dem Umstand zugeschrieben werden, dass die verschiedenen Gruppen unterschiedlichen Erfahrungen (Behandlungen, Sanktionen oder was immer) ausgesetzt waren. Da solche Experimente schwierig (wenn auch nicht unmöglich<sup>22</sup>) durchzuführen sind, haben wir bei der schon erwähnten weltweiten Literaturübersicht nur fünf Studien orten können, bei denen auf diese – schlüssige – Weise vorgegangen wurde. Bei der Meta-Analyse dieser fünf Studien zeigte sich, dass zwischen den freiheitsentziehenden und anderen («alternativen») Sanktionen hinsichtlich des Rückfallrisikos kein Unterschied besteht. Dieser Befund scheint sich bei einer derzeit laufenden Meta-Evaluation erneut zu bestätigen. Diese «Gleichwertigkeit» bezieht sich allerdings nur auf die Zeit ab der Entlassung aus dem Strafvollzug – würde man auch die in Haft verbrachte Zeit miteinrechnen, ergäbe sich je nach Dauer des Freiheitsentzugs ein nicht unerheblicher «Gewinn» an Sicherheit für die Öffentlichkeit.<sup>23</sup> Falls, wie vom Bundesrat beabsichtigt, die wieder eingeführten kurzen Freiheitsstrafen in Form elektronisch überwachten Hausarrests verbüsst werden können, wäre allenfalls mit einem echten «Gewinn» an spezialpräventiver Wirksamkeit zu rechnen. Anders als die gemeinnützige Arbeit, die bei experimentellen Evaluationen nicht besonders vorteilhaft abgeschnitten hat, sind die Ergebnisse des elektronischen Hausarrests hinsichtlich Rückfälligkeit und sozialer Integration auch mittelfristig positiv ausgefallen.<sup>24</sup>

- 
- 21 Denkbar wäre allenfalls, anhand einer Beobachtungsstudie im Gerichtssaal solche Variablen zu erheben, wie dies der Verfasser anlässlich der Planung einer niederländischen Studie unlängst empfohlen hat.
- 22 DAVID P. FARRINGTON, BRANDON C. WELSH, A Half-Century of Randomized Experiments on Crime and Justice, *Crime and Justice* 34 (2006), 55–132.
- 23 So KEN PEASE, *Prison, Community Sentencing and Crime*, London: CIVITAS (Institute for the Study of Civil Society) 2010.
- 24 MARTIN KILLIAS, GWLADYS GILLIÉRON, IZUMI KISSLING, PATRICE VILLETAZ, Community service vs. electronic monitoring: what works better? Results of a randomized trial. *British Journal of Criminology* 50/6 (2010), S. 1155–1170.

Die Befürworter der StGB-Revision von 2002 haben dies in der Zwischenzeit anscheinend bemerkt. Hiess es zur Zeit der parlamentarischen Beratung noch, die kurzen Freiheitsstrafen seien «schädlich» und müssten darum beseitigt werden, so lautet das neue Credo nur noch, sie seien nicht wirksamer als andere Sanktionen.<sup>25</sup> Das hat auch nie jemand behauptet – der neue Diskurs von der «Gleichwertigkeit» verschiedener Sanktionen kommt aber dem Eingeständnis gleich, dass dieselben Personen jahrelang das Parlament und die Öffentlichkeit irreführt haben. Was bedeutet dies nun? Sind Behandlungen in der Medizin von vergleichbarer Wirksamkeit, so können Ärzte und Patienten zwischen verschiedenen Behandlungen wählen – etwa mit Blick auf die Kosten, die Erhältlichkeit (etwa am Wohnort des Patienten) und ihre «Attraktivität» (aus der Sicht vor allem des Patienten). Im Strafrecht heisst es nun regelmässig, dass zwischen verschiedenen Sanktionen bei gleicher spezialpräventiver Wirkung die am wenigsten «eingriffsintensive» zu wählen sei.<sup>26</sup> Dieses Argument wäre stichhaltig, wenn der einzige Strafzweck in der Behandlung des Verurteilten läge und das Strafrecht insgesamt nichts weiter als ein Therapieprogramm wäre. Akzeptiert man dagegen, dass das Strafrecht und die Strafe auch der «Billigkeit» («equity»), also dem Schuldausgleich gegenüber der Gesellschaft und dem Opfer dienen, was laut neuropsychologischen Studien einem Grundbedürfnis der Menschen entspricht,<sup>27</sup> und lässt man ferner auch eine generalpräventive Wirkung von Sanktionen gelten, so kann die Wahl der Sanktionsart nicht allein anhand spezialpräventiver Gesichtspunkte erfolgen. Es stellt sich damit die Frage, ob Strafen generell und verschiedene Strafarten im Besonderen auch abschreckend wirken.

## G. Der «Bedingte» als Grundrecht?

Dazu liegen inzwischen einige sehr bemerkenswerte Auswertungen natürlicher Experimente vor.<sup>28</sup> Ohne in die Einzelheiten zu gehen, kann man festhalten, dass ansteigende Strafschwere zwar nicht mit linear abnehmenden Kriminalitätsraten einhergeht, dass aber ein «Null-Tarif» im Vergleich zu einer fühlbaren Strafe (gleich welcher Art) jedenfalls mit Wirkungen verbunden ist. In diesem

25 Das Bundesamt für Statistik hat diese «Logik» in seiner neuesten Studie «Neues Sanktionenrecht und strafrechtlicher Rückfall» (08.11.11) voll übernommen, wenn es schreibt, Rückfälle hätten unter dem neuen StGB nicht zugenommen und Befürchtungen hätten sich nicht bewahrt. Entscheidend ist, dass die Rückfälle trotz der Zurückdrängung der (angeblich rückfallfördernden) kurzen Freiheitsstrafen nicht abgenommen haben. Zudem deuten die Daten klar auf eine Zunahme der Rückfälle hin, dies besonders bei Intensivtätern.

26 BGE 134 IV 97 S. 101; 134 IV 82 E. 4.1 S. 84.

27 ERNST FEHR, SIMON GÄCHTER, Altruistic punishment in humans, *Nature* 415 (Januar 2002), S. 137–140.

28 Zusammenfassend MARTIN KILLIAS, Auch auf die Schwere der Strafen kommt es an. Ein Zwischenruf, in: FS Heinz (im Druck).

Zusammenhang liegt das eigentliche Problem der heutigen Strafrechtspraxis in der Schweiz weniger in den Geld- oder Freiheitsstrafen als in der Tatsache, dass die bedingte Strafe die absolute Regel geworden ist, wenn nicht mehrere – und zwar signifikante – Vorstrafen entgegenstehen. Kein europäisches Land verhängt bei schweren Verbrechen wie schwere Körperverletzung, Vergewaltigung, sexuelle Nötigung, sexueller Kindesmissbrauch und Raub derart wenige unbedingte Freiheitsstrafen wie die Schweiz.<sup>29</sup> Sogar die teilbedingte Strafe, die ursprünglich als Korrektiv zwischen dem «alles oder nichts» gedacht war, um neben spezialpräventiven Gesichtspunkten auch Anliegen der Billigkeit (etwa gegenüber dem Opfer) Rechnung zu tragen, ist inzwischen völlig denaturiert und soll nach der Rechtsprechung nur noch dazu dienen, auch bei schweren Straftaten (mit Strafen bis zu drei Jahren) den «Bedingten» für den grössten Teil der Strafzeit noch zu ermöglichen. Ob bedingte Geld- oder bedingte Freiheitsstrafen einander in generalpräventiver Hinsicht überlegen sind, wurde nie experimentell evaluiert und ist wohl schon darum schwierig zu beurteilen, weil beispielsweise die Drohwirkung einer bedingten Bagatell-Geldstrafe möglicherweise ganz anders zu veranschlagen ist als eine solche mit substanziellen Beträgen. Für die generalpräventive Wirkung wäre darum wahrscheinlich wichtiger, dass der Verurteilte überhaupt eine wahrnehmbare Strafe erhält – oder genauer, dass das Gericht beispielsweise bei fehlender Einsicht eine unbedingte Strafe (gleich welcher Art) auferlegen könnte.

Die Tatsache, dass unbedingte Freiheitsstrafen auch bei mittelschweren Gewaltdelikten nur selten verhängt werden können, solange der Beschuldigte nicht vielfach vorbestraft ist, hat einen Rückkoppelungseffekt auf die Untersuchungshaft. Laut Art. 221 StPO kann Untersuchungshaft aus Gründen der fehlenden Verhältnismässigkeit nur mit grösster Zurückhaltung verhängt werden, wenn von vorneherein keine unbedingte Freiheitsstrafe zur Diskussion steht.<sup>30</sup> So ist es denn zu erklären, dass Straftäter, die etwa einen Buschauffeur spitalreif geschlagen haben (mit einem schweren Schädelbruch) oder die mit einem gestohlenen Auto frontal und mit massiv übersetzter Geschwindigkeit beinahe das Leben einer jungen Mutter mit ihrem Kind ausgelöscht hätten, praktisch anderntags wieder auf freiem Fuss sind. Diese Konsequenzen einer garantiert bedingten Strafe sind mit Billigkeitgesichtspunkten in keiner Weise zu vereinba-

---

29 Die Zahlen beziehen sich auf jeweils 17 bis 23 Länder und das Jahr 2006. (Seither hat sich der bedingte Strafvollzug in der Schweiz massiv ausgedehnt, was die Unterschiede noch akzentuieren dürfte). Der Abstand zum Durchschnitt der anderen Länder ist beträchtlich: Bei schwerer Körperverletzung werden in der Schweiz 9% der Verurteilten mit einer unbedingten Freiheitsstrafe bestraft, im europäischen Durchschnitt hingegen 36%; bei Vergewaltigung beträgt der Abstand 39 zu 70%, bei sexueller Nötigung 4 zu 37%, bei sexuellem Missbrauch von Kindern 7 zu 41% und bei Raub 27 zu 60% (European Sourcebook of Crime and Criminal Justice Statistics 2010, Tab. 3.2.3.6–3.2.3.10, <[www.europeansourcebook.org](http://www.europeansourcebook.org)>). Diese Studie ist abrufbar unter <http://www.rwi.uzh.ch/lehreforschung/alphabetisch/killias/publikationen/Kommentar.pdf>.

30 FRANZ RIKLIN, Schweiz. StPO. Kommentar, Zürich, Art. 221 N. 1, sowie NIKLAUS SCHMID, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, Zürich/St.Gallen 2009 Rz. 1020.

ren – Opfer im Spitalbett müssen sich durch eine solche Justiz geradezu verhöhnt vorkommen.

## H. Risiken des Zuwartens

Es ist dringend, dass solche Missstände abgestellt werden. Geschieht dies nicht innert nützlicher Zeit, wäre mit Vorstössen bis hin zu Volksinitiativen zu rechnen, die für schwerere Straftaten und namentlich Gewalttaten hohe Mindeststrafen fordern, die von ihrer Dauer her die Gewährung des bedingten Strafvollzugs von vorneherein ausschliessen. Dies wäre ein schwerwiegender Eingriff in das richterliche Strafzumessungsermessen und daher ausserordentlich zu bedauern. «Unlogisch» wären solche Forderungen indessen nicht, denn die im Besonderen Teil des StGB vorgesehenen Mindeststrafen wurden seinerzeit derart festgelegt, dass der bedingte Strafvollzug ausgeschlossen war. Die Obergrenze für bedingte Strafen lag bis 1971 bekanntlich bei 12 Monaten, so dass eine Mindeststrafe von einem Jahr für qualifizierte Delikte in aller Regel bedeutete, dass die Strafe unbedingt auszusprechen war.<sup>31</sup> Mit der schrittweisen Verschiebung der Obergrenze auf zunächst 18 und schliesslich 24 oder gar 36 Monate wurde diese Konsequenz unterlaufen.

Dass der Bundesrat schnell handelte und demnächst dem Parlament eine Vorlage zuleiten wird, ist daher durchaus geeignet, schlimmen Entwicklungen vorzubeugen. Dass die Regierung zugleich zeigt, dass man in «Bern» auf das massive Unbehagen reagiert, das durch die europaweit einmalig häufige Verhängung bedingter Strafen bei schweren Gewalttaten entstanden ist, dürfte den Unwillen über das neue StGB in konstruktivere Bahnen lenken. Zwar wird jetzt Kritik laut, der Bundesrat hätte vorerst die laufende Evaluation abwarten sollen. Dahingehende Bedenken wären eher verständlich, wenn diese Evaluation, die noch unter der Vorgängerin der jetzigen Departementsvorsteherin aufgegleist wurde, von ihrer Anlage her auf die drängenden Fragen eine Antwort bringen könnte. Damit ist jedoch angesichts der gewählten Fragestellungen ohnehin nicht zu rechnen. Es wurde sogar versäumt – trotz geringer Kosten –, einige Fragen zur Akzeptanz der neuen Sanktionen in den Swiss Crime Survey von 2011 aufzunehmen. Es rechtfertigt sich daher auf keinen Fall, mit Verweis auf eine solche Studie die dringenden Korrekturen am StGB weiter auf die lange Bank zu schieben. Zudem sollten sich die Kreise, die heute auf einer «wissenschaftlichen» Evaluation

31 Eine Mindeststrafe von einem Jahr ist beispielsweise für folgende Straftaten vorgesehen: Totschlag (Art. 113), qualifizierter strafbarer Schwangerschaftsabbruch (Art. 118 Abs. 2), qualifizierter Raub (Art. 140 Ziff. 2), qualifizierte Erpressung (Art. 156 Ziff. 2), qualifizierter Wucher (Art. 157 Ziff. 2), qualifizierter Menschenhandel (Art. 182 Abs. 2), qualifizierte Freiheitsberaubung und Entführung (Art. 184), einfache Geiselnahme (Art. 185 Ziff. 1), einfache Vergewaltigung (Art. 190 Abs. 1), einfache Brandstiftung (Art. 221 Abs. 1 und 2) u.s.w.

als erstem Schritt beharren, klugerweise daran erinnern, dass die vorangehende Revision keineswegs «wissenschaftlich» begründet war, sondern im Gegenteil auf Annahmen basierte, die keiner wissenschaftlichen Überprüfung standgehalten haben.<sup>32</sup> Mit der behaupteten Schädlichkeit der kurzen Freiheitsstrafe, der betonten «Überlegenheit» des bedingten Strafvollzugs und der generalpräventiven Irrelevanz der Strafen hat man im Gegenteil das Parlament und die Öffentlichkeit irregeführt. Es geht heute somit um die Korrektur von Irrtümern, die als solche schon lange feststanden und richtigerweise gar nie hätten passieren dürfen. Und auch darum, den «Sonderfall Schweiz», wie er sich im Strafrecht entwickelt hat, wieder vermehrt auf die Massstäbe europäischer Normalität auszurichten. Wegen des hohen Schädigungspotentials extrem gefährlicher Straftäter und der verheerenden Wirkung von Fehlleistungen bei deren Verwahrung verdient der Massnahmevollzug mit Recht hohe Priorität. Vor diesem Hintergrund sollten aber die Tausende mittelschwerer Straffälle nicht vergessen werden, von deren korrekter Bewältigung die Akzeptanz des Strafrechts in hohem Masse abhängt.

#### *Zusammenfassung*

1. Mit der Wiedereinführung der kurzen Freiheitsstrafe werden die Gefangenenanzahlen eher sinken als steigen. Das da und dort wieder angeführte Kostenargument ist fehl am Platz, vor allem wenn ein grosser Teil dieser Strafen in Form von elektronisch überwachtem Hausarrest verbüsst werden kann.
2. Die Bemessung der Tagessätze bei der Geldstrafe bedarf dringend einer Strukturierung durch eine bundesrätliche Verordnung.
3. Mit der Revision von 2002/2007 ist das Sanktionensystem sozial ungleicher geworden. Kurze Freiheitsstrafen sind – entgegen der Rhetorik – nicht verschwunden, wohl aber weitgehend Personen mit ungenügenden Mitteln und vor allem Ausländer(inne)n vorbehalten.
4. Die gemeinnützige Arbeit ist seit dem Inkrafttreten des revidierten StGB stark zurückgegangen. Es drängt sich auf, diese wieder als Vollzugsart kurzer Freiheitsstrafen auszugestalten, die – mit der Möglichkeit der Beschwerde an eine richterliche Behörde – von den Strafvollzugsämtern angeordnet und allenfalls widerrufen wird.
5. Die Legende von der Schädlichkeit kurzer Freiheitsstrafe ist durch die neuen Erfahrungen nicht wahrer geworden. Sollten diese Strafen wieder eingeführt und gleichzeitig ihr Vollzug durch elektronisch überwachten Hausarrest möglich werden, wäre aufgrund der verfügbaren experimentellen Evaluationen eine günstige spezialpräventive Wirkung wahrscheinlich.
6. Strafen dienen nicht allein spezialpräventiven Zwecken, sondern auch dem Schuldausgleich («Billigkeit», «equity») gegenüber dem Opfer und der Öffentlichkeit. Dies deckt sich mit neuropsychologischen Befunden.
7. Kein europäisches Land verhängt bei schweren Gewaltstraftaten derart selten unbedingte Freiheitsstrafen wie die Schweiz. Ungünstige generalpräventive Auswirkungen dieses Son-

---

32 Geradezu skandalös war, wie damals eine total verunglückte Dissertation, die vermeintlich zeigte, dass nach kurzen unbedingten Freiheitsstrafen über 90% rückfällig würden, kritiklos weiter zitiert und als Argument verwendet wurde – dies auch nachdem auf die Unhaltbarkeit dieser Studie aufmerksam gemacht wurde (Nachweise in KILLIAS [Fn 1]).

derfalls sind zwar schwierig zu beweisen, aber nicht unplausibel. Von einer europäischen Warte aus gesehen ist das Problem des schweizerischen Strafrechts derzeit wohl weniger die bedingte Geldstrafe als vielmehr die faktische Garantie des bedingten Strafvollzugs generell.

8. Ein Zuwarten und Hinausschieben der nötigen Korrekturen bringt neue Risiken, so etwa Forderungen nach starker Erhöhung der Mindeststrafen im Besonderen Teil des StGB. Dadurch würde das richterliche Strafzumessungsermessen direkt gefährdet. Zweckmässiger ist daher eine Revision, die die offensichtlichsten Irrtümer der Vorlage von 2002 korrigiert.

### *Résumé*

1. La réintroduction des courtes peines privatives de liberté ne devrait guère augmenter le nombre de détenus dans les prisons suisses. Des coûts supplémentaires semblent donc peu probables, surtout si une bonne partie de ces peines devaient être purgées sous forme d'arrêts domiciliaires surveillés par des bracelets électroniques.
2. La fixation des jours-amendes appelle urgemment des barèmes plus structurés qu'une ordonnance du Conseil fédéral pourrait apporter.
3. Avec l'entrée en vigueur de la révision du CPS de 2002/2007, le système des sanctions est devenu plus inégalitaire. Contrairement à ce que le discours de la «suppression» des courtes peines laisse entendre, celles-ci n'ont pas disparu mais restent désormais réservées aux personnes démunies et/ou provenant de l'étranger.
4. Contrairement aux attentes, le travail d'intérêt général a perdu du terrain depuis l'entrée en vigueur du code révisé. Pour redresser la situation, il faudrait à nouveau en faire une forme d'exécution de peine ferme octroyée par l'autorité d'exécution des peines (sous contrôle judiciaire en cas de contestation).
5. La légende tant véhiculée concernant le caractère «nocif» des courtes peines privatives de liberté n'est pas confirmée par les expériences récentes. Si ces peines, une fois réintroduites, sont exécutées sous forme d'arrêts domiciliaires, on pourra s'attendre à une évolution favorable des taux de récidive. Lors d'études expérimentales contrôlées, les condamnés surveillés par bracelet ont, en effet, évolué favorablement par rapport à un groupe-témoin qui a purgé la peine sous forme de travail d'intérêt général.
6. Les peines ne devraient pas servir uniquement des buts de prévention spéciale, à savoir de réhabilitation du condamné. Elles assurent également la prévention générale ainsi que l'équité du système vis-à-vis de la victime et du public comme l'ont confirmé des expérimentations neuropsychologiques.
7. Aucun pays européen n'envoie aussi peu de condamnés pour crimes de violence en prison que la Suisse. Il est possible et plausible (quoique difficile à «prouver») que ce laxisme face à la violence diminue l'effet de prévention générale du système pénal. Dans une perspective européenne, contrairement à une idée répandue, le problème du droit pénal suisse semble résider en l'octroi trop systématique du sursis en général plutôt que des peines pécuniaires assorties du sursis en particulier.
8. Un report des réformes envisagées par le Conseil fédéral risque de produire des dégâts collatéraux tels que, par exemple, des propositions pour relever systématiquement et drastiquement les peines minimales dans la partie spéciale du Code pénal. De telles modifications législatives réduiraient sensiblement la marge d'appréciation des juges. Il paraît de ce fait bien plus raisonnable de corriger les graves défauts de la révision de 2002/2007.