

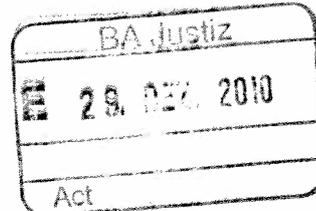
Eidgenössisches Justiz- und
Polizeidepartement
Bundeskanzlei
Bundeshaus
3003 Bern

Bundesamt für Justiz

BJ-00000000634655

M

Frauenfeld, 10. Dezember 2010



Reform 91
Organisation für
Strafgefangene und
Randständige

Thurstrasse 27
CH-8500 Frauenfeld

Tel: 052 722 10 30
reform91@gmx.ch

Geschäftsleitung:
Präsident:
Peter Zimmermann
Gabrielle Hirt

Arbeitsgruppen:

Theatergruppe KORN
Thurstrasse 27
CH-8500 Frauenfeld

Tel.: 052 722 10 30

SAS / Bern
Selbsthilfegruppe
Angehörige von
Strafgefangenen

Gabrielle Hirt

Tel.: 079 455 64 49

RESOLUTION

Vorschläge des Bundesrates, für zahlreiche Delikte die Strafen zu erhöhen.

Sehr geehrte Frau Bundespräsidentin
Sehr geehrte Damen und Herren Bundesräte

Reform 91 ist eine Selbsthilfegruppe für Strafgefangene und Randständige und hat am 8. Dezember 2010 beschlossen, Ihnen folgende Resolution zukommen zu lassen.

Wenn der Bundesrat die Absicht hat verschiedene Delikte mit höheren Strafen zu verschärfen, so sind wir von der Reform 91 der Ansicht, dass es sich hier in allererster Linie um einen populistischen Druck rechtsbürgerlicher Parteien handelt. Eine Verschärfung des bestehenden Strafvollzuges würde die bereits vorhandenen Überbelegungen in schweizerischen Strafanstalten in noch weitere, katastrophale Zustände führen.

Bereits jetzt ist das Gefängnis Champ-Dollon in Genf mit 186% Insassen überbelegt.

Aber auch in der Rückfalls-Anstalt Pöschwies beträgt die Belegung 114,7% (56 Plätze sind doppelt und somit zu 100% überbelegt). Die Warteliste für die Aufnahme in der Pöschwies beträgt zur Zeit bis zu 70 Inhaftierte, die sich in Untersuchungsgefängnissen befinden, d. h. Gefangene die in einer solchen Institution in Sicherheitshaft gehalten werden und bei denen die sog. „Generalprävention“ vollzogen wird. Die vorgeschriebene „Spezialprävention“ wird mit Zellenschlüsseln abgeblockt.

Mit anderen Worten:

Mit der Verschärfung züchtet der Gesetzgeber neue und noch **intensivere Kriminalität**.



Im Regionalgefängnis Bern hat es offiziell 126 Plätze. Im September 2010 waren dort aber im Schnitt 130 Häftlinge untergebracht. „Oft mussten wir bis zu 140 Gefangene unterbringen“, sagt Gefängnisleiterin Marlise Pfander. Neun Notbetten seien im Dauereinsatz. (Zitat aus der BZ, 31.10.10).

Aggressionen unter Gefangenen und gegenüber dem Personal sind bereits jetzt im Gefängnis Champ-Dollon eine erschreckende Realität.

Sehr geehrte Frau Bundespräsidentin
Sehr geehrte Damen und Herren Bundesräte

Schon Liszt (Strafrechtsprofessor) hat 1905 folgendes festgestellt:

„Wenn ein Jugendlicher oder auch ein Erwachsener ein Verbrechen begeht und wir lassen ihn laufen, so ist die Wahrscheinlichkeit, dass er wieder ein Verbrechen begeht, geringer, als wenn wir ihn bestrafen... Denn unter den Ursachen des Rückfalls nehmen die Fehler unseres Strafgesetzbuches, unserer Strafrechtspflege, unseres Strafvollzugs weitaus die erste Stelle ein“.

Und Karl-Ludwig Kunz stellt in seinem Werk „Kriminologie“ auf S. 280 folgendes fest:

*Die gesellschaftliche Absicherung durch Strafvollzug bewirkt eine **Gefährdungsverlagerung** hin zu Mitgefangenen und auf die Zeit nach der Haftentlassung, wobei es nicht selten zu einer Eskalation der Gefährlichkeit durch Hafterlebnisse kommt. Die Gefängnissubkultur ist ein kriminelles Biotop in dem sich gesteigerte Infektionsgefahr und gesteigerte Viktimisierungsgefahr durchmischen. Die psychischen Auswirkungen äussern sich in Kompensationshandlungen während der Haft durch Zellenzertrümmerung, erzwungene gleichgeschlechtliche Sexualkontakte, Selbstverstümmelungen, Selbsttötungsversuche; und nach der Haftentlassung, indem Hafterfahrungen umgesetzt und erlittene Demütigungen heimgezahlt werden. (Zitiert nach Walter 1991, 48, 100 f., 190 f.).*

Eine Verschärfung des Strafgesetzbuches würde, die über Jahrzehnte hinweg sich entwickelte Strafvollzugskonzepte, insbesondere die Arbeit der Sozialdienste der kantonalen Justizdirektionen gefährden.

Wir möchten aber auch darauf hinweisen, vor oder gleich nach der Einsetzung der geplanten Verschärfung des Strafgesetzbuches, müssten die nötigen Finanzen für Gefängnis Neubauten zur Verfügung gestellt werden!

Wir von der Reform 91 meinen, Gesetze zu komponieren ist keine Kunst, hingegen die nötigen Vollzugseinrichtungen einzurichten und bereit zu stellen, steht auf einem anderen Blatt geschrieben.



Daraus ergibt sich, dass Menschenrechtsverletzungen im schweizerischen Strafvollzug früher oder später zur angeblichen Normalität gehören, aufgenommen und akzeptiert werden.

Wer eine solche Verschärfung des bestehenden Strafgesetz fordert, muss sich gefallen lassen, dass wir ihn als Förderer einer noch extremeren Subkultur bezeichnen und ihm auch unterstellen, dass hier nicht Kriminalität bekämpft, sondern buchstabengetreu gefördert wird.

Freundliche Grüsse

Gabrielle Hirt

Peter Zimmermann



Le Secrétariat

Office fédéral de la justice
Domaine de direction Droit pénal
Bundesrain 20
3003 Bern

Fribourg, le 23 décembre 2010

Réponse à la consultation concernant la loi fédérale sur l'harmonisation des peines dans le Code pénal, le Code pénal militaire et le droit pénal accessoire.

Madame la Conseillère Fédérale,
Mesdames, Messieurs,

Par la voix de sa Commission de bioéthique, la Conférence des évêques suisses vous remercie de lui donner l'occasion de prendre position sur cet objet.

D'une manière générale, nous considérons que nous n'avons pas de raison de nous exprimer sur des détails techniques juridiques concernant le degré des peines.

Nous nous contenterons de faire valoir notre point de vue sur une modification qui nous semble capitale, à savoir la proposition de suppression de l'article 213 qui sanctionne l'inceste, proposition que nous ne pouvons approuver.

Cette modification est présentée dans le rapport explicatif comme l'abrogation d'une disposition « qui n'a qu'une portée marginale » (p. 9). Une telle assertion ne tient pas compte de la signification de l'inceste comme un acte grave qui menace l'ordre social et que les diverses cultures et sociétés réprouvent d'une manière quasi générale.

Le rapport explicatif justifie l'abolition de cet article en montrant que les atteintes à l'intégrité sexuelle des mineurs peuvent être punies adéquatement par le biais des art. 187-191 (p.30). C'est méconnaître la *signification particulière revêtue par l'acte incestueux qui n'est pas une infraction sexuelle « comme une autre »*, mais qui touche de manière tout à fait spécifique à des éléments fondamentaux dans la construction de l'identité de l'enfant. Il est d'ailleurs significatif de voir que la France vient de réintroduire dans son code pénal le crime d'inceste commis sur des mineurs (loi du 8 février 2010) pour faire droit à la singularité de ce type d'actes. On notera également l'appel de l'Assemblée Générale de l'ONU en 2000, qui priait « instamment tous les Etats de promulguer des lois protégeant de l'inceste »¹.

L'inceste nie le lien particulier qui existe entre les membres d'une famille. *Il dissout à proprement parler la famille* en introduisant la possibilité de relations sexuelles entre ses membres et en perturbant ainsi les repères familiaux structurants. Le code pénal, dans sa version actuelle, reconnaît bien cet aspect en incluant l'article 213 dans le chapitre des « Crimes et délits contre la famille ». Si l'on postule la famille comme base de l'ordre social, l'inceste constitue alors un trouble important de ce dernier. Ceci reste

¹ Rapport de la troisième commission pour la promotion et la protection des droits de l'enfant.



vrai même quand il n'y a pas d'implication de mineurs et qu'on se trouve dans le cas de relations entre deux « adultes consentants ».

L'argument qui voudrait qu'on supprime un article de loi parce que les transgressions qu'il prévoit sont rares nous semble pour le moins surprenant. L'utilité d'une loi se mesure aussi à son aspect pédagogique et dissuasif et non seulement à l'évaluation quantitative de son aspect répressif. D'autre part on doit se demander quel serait l'impact de la suppression d'un article tel que celui-ci au niveau de sa perception sociale. Cela générerait très certainement l'idée que désormais « l'inceste est autorisé ». Nous pensons donc que loin de devoir être annulée, cette interdiction garde toute sa place dans notre code pénal. Sa présence constitue une manière de *nommer explicitement ce qui, à notre avis, doit rester un comportement absolument prohibé*².

En résumé, nous demandons que l'on renonce à la suppression de l'article 213 du code pénal.

En vous remerciant de l'attention que vous voudrez bien prêter à ces quelques considérations, nous vous prions de recevoir, Madame la Conseillère Fédérale, Mesdames, Messieurs, nos salutations les meilleures

Dr Thierry Collaud

Président de la Commission de bioéthique de la Conférence des évêques suisses

2 MONTAS ARNAUD and GILDAS ROUSSEL, "La pénalisation explicite de l'inceste : Nommer l'innommable". *Archives de politique criminelle*, 2010. 32(1): p. 289-308.



ASSOCIATION SUISSE DES LOCATAIRES
Fédération romande

Bundesamt für Justiz



BJ-0000000612764

Carlo Sommaruga
Secrétaire général

Rue des Pâquis 35
Case postale 2104
1211 Genève 1
Tél. 022 / 732 50 20
Fax 022 / 732 50 22
E-mail : asloca.romande@asloca.ch

Département fédéral de justice et
police
3003 Berne

Genève, le 16 décembre 2010
CS/

Concerne : Consultation relative à la loi fédérale sur l'harmonisation des peines dans le code pénal, le code pénal militaire et le droit pénal accessoire

Mesdames, Messieurs,

Dans la mesure où la loi fédérale sur l'harmonisation des peines dans le code pénal, le code pénal militaire et le droit pénal accessoire touche aussi les locataires nous nous permettons de prendre positions.

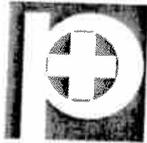
Le projet propose de supprimer dans le Code pénal l'article 325bis. Inobservation des prescriptions légales sur la protection des locataires d'habitations et de locaux commerciaux. Cette abrogation est motivée par le fait qu'il n'y a pratiquement pas eu de cas d'application.

Pour l'ASLOCA, arriver à une telle conclusion, c'est oublier que cette disposition à un effet préventif très important et est systématiquement invoquée par les défenseurs des locataires lorsqu'un bailleur menace d'une résiliation ou même lorsqu'il a procédé à une résiliation abusive pour imposer une modification du contrat. La menace du dépôt d'une plainte pénale aboutit à la renonciation au congé abusif et dans un nombre de cas non négligeables au retrait du congé notifié sans procédure civile et pénale.

L'abrogation de cette disposition constituerait un message totalement contre-productif dans le paysage du logement où les rapports entre bailleurs et locataires sont très tendus en raison de la pénurie de logements.

Avec nos cordiales salutations.

Carlo Sommaruga
Secrétaire général



VSPB - FSFP

Verband Schweizerischer Polizei-Beamter
Fédération Suisse Fonctionnaires de Police
Federazione Svizzera Funzionari di Polizia

Bundesamt für Justiz



BJ-0000000612759

Verbandssekretariat
Secrétariat fédératif
Segretariato federativo

Villenstrasse 2
6005 Lucerne
Tél. 041 367 21 21
Fax 041 367 21 22
E-mail mail@vspb.org
www.vspb.org

Bundesamt für Justiz
Fachbereich Straf- und Strafprozessrecht
Bundesrain 20
3003 Bern

Via Email übermittelt an:

gilbert.mauron@bj.admin.ch

Luzern, 7. Dezember 2010

Vernehmlassung zum Bundesgesetz zur Harmonisierung der Strafrahmen im Strafgesetzbuch, im Militärstrafrecht und im Nebenstrafrecht

Geschätzte Damen und Herren

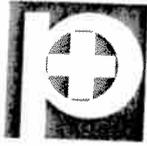
Nachdem wir von der Vernehmlassung zur Harmonisierung der Strafrahmen im Strafgesetzbuch, im Militärstrafrecht und im Nebenstrafrecht Kenntnis genommen haben, erlauben wir uns, Ihnen unsere Stellungnahme zu übermitteln.

Der Verband Schweizerischer Polizei-Beamter (VSPB) vertritt über 95% der Schweizer Polizistinnen und Polizisten, die in 69 Sektionen auf dem ganzen Landesgebiet verteilt sind.

ALLGEMEINE BEMERKUNGEN

Der VSPB hat bereits früher seinen Vorbehalten in Bezug auf die unzeitgemässe Anwendung des Schweizerischen Strafgesetzbuches Ausdruck verliehen, und in einigen Fällen auf die festgelegten Strafen für gewisse Vergehen. Die Wahrnehmung der Kriminalität durch die Bevölkerung hat sich in den letzten Jahren gewandelt und die Gesellschaft ist sich bewusst, dass Änderungen nötig sind. So rufen spontan gebildete Komitees z.B. laut nach der Unverjährbarkeit gewisser Vergehen, während andere nach härteren Strafen im Strassenverkehr verlangen. Man muss sich im Klaren sein, dass es sich hier nicht um zufällige "Bewegungen" handelt, die zum Verschwinden verurteilt sind. Wir können bestätigen, dass es sich in diesem Fall um einen sachlichen starken Willen handelt, der einer tiefgreifenden Analyse und gegebenenfalls einer Volksabstimmung widersteht.

Auch die politischen Kreise sprechen sich für eine klare Verschärfung des Sanktionenrechts aus. In diesem Zusammenhang reicht es, das von der Sozialdemokratischen Partei der Schweiz herausgegebene Dokument zur Sicherheit zu erwähnen, das fast einem Ereignis gleichkommt. Der



VSPB · FSFP

Verband Schweizerischer Polizei-Beamter
Fédération Suisse Fonctionnaires de Police
Federazione Svizzera Funzionari di Polizia

Grund, warum sich eine solche Überzeugung überall im Land ausbreitet, kann bestimmt auch in der Zunahme von hoch emotionalen Gewalttaten in den letzten Jahren gesucht werden. Andererseits muss man den Mut haben zuzugeben, dass die Politik, die in den letzten Jahren in Sachen Sanktionenrecht herrschte, in bestimmter Hinsicht versagt hat.

Der Bericht drückt in Bezug auf Resultate Ungewissheit aus, die mit einer Strafverschärfung erreicht werden sollen und nicht garantiert werden können. Der VSPB ist der Meinung, dass dies kein Grund zur Sorge ist, denn auch das aktuelle System erzielte nicht die erwarteten Resultate und wird deswegen geändert. Wir sind ferner davon überzeugt, dass die gefällten politischen Entscheide zugunsten einer Wiedereingliederung um jeden Preis und eines extremen Garantismus den Tätern gegenüber – mit der unerwünschten und fatalen Folge, dass die Opfer in den Schatten gedrängt wurden – grösstenteils versagt haben.

Es gibt aber zwei grundlegende Aspekte, an die nach Meinung des VSPB erinnert werden muss: An das richterliche Ermessen und an die Notwendigkeit, die Festnahme und Bestrafung der Täter garantieren zu können. Zum ersten Punkt muss man den Mut haben zuzugeben, dass wir in den letzten Jahren eine Tendenz zur Minderung der auferlegten Strafen feststellen mussten, die schwierig zu verstehen und in gewissen Fällen umso schwieriger zu rechtfertigen ist. Dass den Richtern ein gewisser Spielraum zukommen muss, ist natürlich einleuchtend. Dass diese Möglichkeit aber Ungleichheiten bei der Behandlung von Tätern und Opfern bewirkt, geht nicht an. Ein Gleichgewicht muss deshalb garantiert werden. Nach Meinung des VSPB kann dies mit klaren und gerechten Mindeststrafen erreicht werden. Wenn diesen wichtigen Aspekten nicht Rechnung getragen wird, ist das Strafrecht nicht mehr glaubwürdig, und seine Anwendung wird ungerecht und inkohärent. Die verhängte Strafe muss dem Wert entsprechen, den unsere Gesellschaft dem geschützten Rechtsgut gibt. Wenn keine ausgeglichene Beziehung besteht zwischen Vergehen und effektiv angewandter Strafe, wird die Glaubwürdigkeit des Staates und seiner Instrumente, die er zur Aufrechterhaltung von Sicherheit und Ordnung benutzt, drastisch vermindert.

Was den zweiten Punkt angeht, also die Garantie, dass Täter verfolgt und bestraft werden (wie im Erläuterungsbericht beschrieben), verlangt der VSPB, dass diese Absicht auch umgesetzt wird und nicht noch jahrelang ein Traum bleibt. Der einzige Weg, den Polizei- und Gerichtsbehörden zu erlauben dieses Ziel zu erreichen, ist, ihnen genügend Personal und finanzielle Mittel zur Verfügung zu stellen, sonst bleiben wir noch jahrelang im Reich der Utopie.



Der VSPB hat festgestellt, dass für verschiedene Straftatbestände gemäss StGB Mindeststrafen festgelegt werden sollen. Wir begrüssen dies ausdrücklich. Die Gewalt gegen Staatsbeamte – besonders gegen Polizistinnen und Polizisten – ist eine Form der sinnlosen Gewalt gegen den Staat, eine Institution, die man nicht physisch verletzen kann. Darum ist es unserer Meinung nach noch verwerflicher, sich mit jenen anzulegen, die mit der Staatsfunktion beauftragt sind. Von dieser Gewaltform ist aber in der Politik sehr wenig die Rede.

Der VSPB glaubt, dass ein Schritt getan werden muss, weil man den Staatsangestellten Schutz schuldet, sie, zu deren Aufgabe es gehört, sich täglich für die Sicherheit anderer einzusetzen. So fehlt für uns im Art 285, Abs. 1 die Einführung einer Mindeststrafe, die die wichtige Idee der Abschreckung vor solchen Taten miteinbezieht und ein starkes Signal des Staates zum Schutz seiner Angestellten vermittelt, die einen angemessenen Schutz durch ihren Arbeitgeber verdienen: **Die Gewalt gegen die Polizei ist Gewalt gegen den Staat**. Unsere Organisation ist überzeugt, dass dieses Vergehen jedenfalls nicht als "weniger schlimm" gelten kann und darf als die Verleumdung, die in Art. 174 behandelt wird.

⇒ **Es ist deshalb absolut notwendig, eine Mindeststrafe von 30 Tagen Freiheitsstrafe in Abs. 1 des Art. 285 StGB einzuführen.**

Die Absicht des Bundesrats, das Sanktionenrecht anzupassen, freut uns besonders, wenn wir daran denken, dass in der Petition, die wir im November 2009 eingereicht haben aufgrund der schwindelerregenden Zunahme der Gewaltakte gegen Schweizer Polizistinnen und Polizisten (+160%), von uns als zweite Lösungsmöglichkeit eben die Strafanpassung des Art. 285 beantragt wurde. Dank dem Änderungsvorschlag in Abs. 2 wird ein Teilschritt auf dem richtigen Weg getan. Aber für den VSPB ist das nicht genug. Der Übergang von 30 auf 90 Tagessätze ist ein Zeichen, aber es muss mehr getan werden:

⇒ **Der VSPB beantragt die Anpassung des Artikels in Abs. 2 im Sinne einer Mindeststrafe von 90 Tagen.**

Ein sehr heikles Sicherheitsthema ist und bleibt die Problematik terroristischer Handlungen jeder Art (Ausführung, Vorbereitung, Unterstützung, usw.). Die im StGB vorgesehenen Änderungen sollten unserer Meinung nach noch verschärft werden. Die gegen die Zivilbevölkerung gerichtete Verwendung z.B. von radioaktiven, chemischen oder bakteriologischen Substanzen muss aufs Härteste bestraft werden, ohne Möglichkeit der Strafminderung.



IM EINZELNEN

Art. 260 Abs 1 StGB

Unsinnige Gewalt gegen die Polizei wird häufig bei politischen oder sportlichen Kundgebungen ausgeübt. Bei diesen Vorfällen kann auch Artikel 260 StGB, Landesfriedenbruch, angewendet werden. Der VSPB beantragt die Einführung einer Mindeststrafe von 30 Tagen Freiheitsstrafe oder einer Geldstrafe von 90 Tagessätzen.

Art. 285 Abs. 1 StGB

Hier sind die im allgemeinen Teil gegebenen Erklärungen gültig. Der VSPB beantragt die Einführung einer Mindeststrafe von 30 Tagen Freiheitsstrafe oder einer Geldstrafe von 90 Tagessätzen.

Art. 285 Abs. 2 StGB

Der VSPB glaubt, dass diese Änderungen zwar ein richtiger Ansatz sind, aber unter den aktuellen Umständen nicht ausreichen. Der VSPB beantragt eine Mindeststrafe von 90 Tagen Freiheitsstrafe oder einer Geldstrafe von 180 Tagessätzen.

Art. 286 StGB

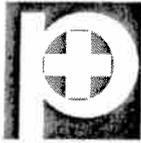
Amtshandlungen zu verhindern ist eine schwerwiegende Tat, die gerecht bestraft werden muss. Die Erhöhung der Höchststrafe ist richtig. Wir sind aber der Meinung, dass eine Mindeststrafe festgelegt werden muss. Der VSPB beantragt die Einführung einer Mindeststrafe in Form einer Geldstrafe von 30 Tagessätzen.

Art. 292 StGB

In diesem Fall sind die Erklärungen im Zusammenhang mit Art. 286 gültig. Der VSPB beantragt, dass eine minimale Geldstrafe von 30 Tagessätzen im Text verankert wird.

Art. 321 ter Abs. 4 StGB

Die Erklärung in Abs. 4 ist absolut einleuchtend. Wir halten es aber für nötig, festzulegen, wer solche Anfragen an das besagte Personal richten darf. Der VSPB beantragt eine Präzisierung durch die Einführung der Bezeichnung „Behörde“.



VSPB · FSFP

Verband Schweizerischer Polizei-Beamter
Fédération Suisse Fonctionnaires de Police
Federazione Svizzera Funzionari di Polizia

- ▣ Art. 45 Abs 1 Bundesgesetz über Rohrleitungsanlagen zur Beförderung flüssiger oder gasförmiger Brenn- oder Treibstoffe

Die Bussen anzupassen, die noch aus dem Jahr 1963 stammen, ist eindeutig nötig. Wir sind aber der Meinung, dass in Anbetracht der geringen Summe, auf die sich die Argumentation stützt (10'000.- und 20'000.- Franken), und angesichts der enormen finanziellen Kapazitäten der heutigen Zeit, man dem Richter einen noch grösseren Spielraum zur Verfügung stellen kann. Der VSPB beantragt eine Änderung des Textes, die eine Geldstrafe von mindestens 100'000.- bis maximum 1'000'000.- Franken vorsieht.

Wir wären dankbar, wenn unsere Bemerkungen entsprechend miteinbezogen werden könnten.

Freundliche Grüsse

Heinz Buttauer
Präsident VSPB
h.buttauer@vspb.org

Max Hofmann
Generalsekretär VSPB
m.hofmann@vspb.org

Mauron Gilbert BJ

Von: info@kinderohnrechte.ch [mailto:info@kinderohnrechte.ch]
Gesendet: Freitag, 10. Dezember 2010 17:13
An: _GS-EJPD-Infodienst
Betreff: Inzest Verbot



contactmailintro

You've received a new form based mail from
/content/ejpd/de/misc/conform/jcr:content/par/0001

Values:

Adresse :
Postfach 229

Wohnort :
8546 Islikon

backpagepath :
/content/ejpd/de/tools/kontakt

body :
Sehr geehrte Bundesrätin Sommaruga

Bezüglich den Bemühungen, das Inzest-Verbot aus dem Strafgesetz zu streichen, kann ich nur mein völliges Entsetzen kundtun. Zum Schutz der Kinder und auch mit Blick auf die Gefahr genetischer Schäden ist ein Inzest Verbot absolut zwingend.

Mit freundlichen Grüßen
KINDER OHNE RECHTE

Michael Handel
www.kinderohnrechte.ch

elem0005 :
Senden

from :
info@kinderohnrechte.ch

name :
Michael Handel

subject :
Inzest Verbot

Adresse
17, rue Pierre-Fatio
CH – 1204 Genève

Contact
T +41 (0)22 700 15 00
F +41 (0)22 700 15 47
info@groupesida.ch

Site internet
www.groupesida.ch
Blog
www.groupesida.ch/filrouge

Fonds de solidarité
Mention : Don fonds solidarité
IBAN
CH78 0078 8000 A077 60776



Madame la Conseillère fédérale
Simonetta Sommaruga
Département fédéral de justice et police.
3003 Berne

Consultation sur la Loi fédérale sur l'harmonisation des peines dans le code pénal, le code pénal militaire et le droit pénal accessoire

Madame la Conseillère fédérale,

Au nom du Groupe sida Genève, nous souhaitons vous adresser nos considérations sur les modifications projetées dans le code pénal.

Le projet de loi fédérale sur l'harmonisation des peines dans le code pénal, le code pénal militaire et le droit pénal accessoire soulève de sérieux problèmes du point de vue de l'efficacité de la lutte contre les infections sexuellement transmissibles et des droits des personnes vivant avec une maladie transmissible de l'homme, en particulier celles touchées par le VIH et le sida.

Depuis plusieurs années maintenant, les autorités et professionnels du domaine de la prévention et de la lutte contre les maladies sexuellement transmissibles ont façonné un programme de lutte reconnu mondialement pour son approche ciblée et efficace dont la dernière version vient d'être présentée par l'Office fédéral de la santé publique (OFSP)¹ et adoptée par le Conseil Fédéral le 1^{er} décembre dernier.

Parallèlement, de nombreux juristes² et les associations³ concernées critiquent la criminalisation de la transmission lors de relations sexuelles non-protégées mais librement consenties. L'augmentation du nombre des poursuites pénales à l'encontre de

¹ Programme national VIH et autres infections sexuellement transmissibles (PNVI) 2011–2017 du 30 novembre 2010.

² PÄRLI Kurt, MÖSCH PAYOT Peter : Strafrechtlicher Umgang bei HIV/Aids in der Schweiz im Lichte der Anliegen der HIV/Aids-Prävention: Status quo, Reflexion, Folgerungen, Schlussbericht an den Schweizerischen Nationalfonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung, Bern/Olten/Winterthur 2009, BEGLINGER Fridolin : Basler Kommentar Strafrecht II, Kommentar zu Art. 231, 2. Auflage, Basel 2007, NIGGLI Marcel Alexander : Gutachten betreffend die Frage: „Ist eine Änderung von Art. 231 StGB (Verbreiten menschlicher Krankheiten) angezeigt?“, Bern 2007, et BACHMANN DOMINIK, Bundesgericht verschärft Praxis bei der Bestrafung der Übertragung des HI-Virus, in: Jusletter du 24 novembre 2008.

³ Prise de position de l'Aide Suisse contre le Sida sur la révision totale de la loi sur les épidémies : la séropositivité continue d'être criminalisée, du 4 décembre 2010. (<http://aids.ch/f/hivpositiv/index.php>)



Le Groupe sida Genève est détenteur du label de qualité ZEWQ pour les organisations d'utilité publique.
Ce label garantit la transparence et l'utilisation scrupuleuse, efficace et économique des dons versés.

personnes infectées d'une maladie transmissible, dont l'écrasante majorité concerne le VIH nous préoccupe

Dans le programme national de lutte contre le VIH et les IST, l'accent a clairement été mis sur la coopération entre les divers acteurs : Etat, prestataires et personnes concernées. Cette coopération fondée sur la confiance mutuelle et la responsabilité individuelle de chaque acteur.

Tous nos efforts devraient se concentrer, non pas sur la répression pénale qui a pris des allures aléatoire en Suisse et qui de plus met en danger tout l'acquis des dernières décennies de la lutte contre le sida, mais bien sur l'information et l'éducation des personnes touchées aussi bien séropositives que séronégatives. Le Groupe sida Genève reste convaincu par ailleurs, que la criminalisation de personnes encore ignorantes de leur infection a l'effet pervers de les décourager à se dépister.

Le Groupe sida Genève voudrait donc prendre position sur les dispositions suivantes du projet :

Au sujet des articles 122 du code pénal⁴ et 121 du code pénal militaire⁵, le Groupe sida Genève est d'avis que le durcissement des peines minimales prévues comporte le risque d'un alourdissement des condamnations de personnes séropositives.

Depuis l'arrêt prononcé par la chambre pénale du Canton de Genève en 2009⁶, les personnes remplissant les conditions énumérées par la Commission fédérale pour les problèmes liés au sida (CFPS) dans leurs conclusions sur l'infectuosité des personnes séropositives suivant une ART efficace⁷ peuvent espérer être à l'abri de poursuites pénales. Dans la pratique jusqu'alors, le Tribunal Fédéral avait considéré que seul le consentement éclairé lors de relations sexuelles non-protégées rendait l'exposition ou la transmission non punissables.

Une personne séropositive suivant rigoureusement une ART efficace depuis plus de six mois, démontrant une virémie indétectable, n'étant infectée d'aucune autre IST et dans une relation stable hétérosexuelle ne peut être considérée comme infectieuse selon la CFPS. Le Groupe sida Genève considère que le jugement fondé sur les conditions susmentionnées devrait être concrétisé dans la loi.

Par contre, toutes celles et ceux ne remplissant pas exactement ces conditions, mais qui présentent néanmoins une virémie indétectable, suivent une ART efficace et ne présentent aucune autre IST en dehors de relations stables hétérosexuelles doivent encore craindre une menace de poursuite, alors même que les connaissances médicales

⁴ RS 311.0

⁵ RS 321.0

⁶ Jugement du 23 février 2009

⁷ Vernazza P, Hirschel B, Bernasconi E, Flepp M., *Les personnes séropositives ne souffrant d'aucune autre MST et suivant un traitement antirétroviral efficace ne transmettent pas le VIH par voie sexuelle*, Schweizerische Ärztezeitung / Bulletin des médecins suisses / Bollettino dei medici svizzeri / 2008; 89:5) (http://www.saez.ch/pdf_f/2008/2008-05/2008-05-089.PDF)

tendent à démontrer que pour ces personnes, le risque de transmission est inférieur à celui associé à l'usage du préservatif.

En ce qui concerne les articles 231 du code pénal et 167 du code pénal militaire traitant de la propagation de maladie transmissible de l'homme, le Groupe sida Genève est particulièrement inquiet de constater que ceux-ci sont conservés dans leurs versions actuellement en vigueur. Le texte du projet est par conséquent contraire aux recommandations figurant dans la déclaration de la CFPS sur la criminalisation du VIH⁸.

C'est avec une certaine surprise que nous prenons connaissance du projet de révision totale de la Loi fédérale sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme (LEp)⁹. Le compromis atteint sous le chiffre 3 ne représente aucunement un progrès à nos yeux. Le groupe sida craint même que cette obligation de dévoiler puisse trouver application par analogie à l'article 122 à l'exclusion de toute autre fait justificatif.

Non seulement le projet en consultation conserve les contradictions actuelles, mais il en crée de nouvelles. En étant obligées de dévoiler leur statut sérologique, les personnes vivant avec le VIH auront, de fait, le choix entre une stigmatisation encore très répandue ou les poursuites pénales. Le Groupe sida Genève considère que les efforts devraient plutôt se concentrer sur la liberté individuelle d'informer et le choix volontaire de la personne séropositive

La criminalisation de personnes séropositives à l'exclusion de toute autre maladie de l'homme dangereuse et transmissible, est une discrimination déjà choquante. Limiter une éventuelle exonération de la peine aux seules personnes qui auraient fait la déclaration prévue dans le projet de la LEp en est une autre toute aussi sidérante. Des personnes potentiellement hautement infectieuses seraient libérées d'une poursuite, alors que d'autres sous traitement efficace et donc peu infectieuses seraient punissables.

La personne séropositive est actuellement le bouc-émissaire de la société. Elle porte sur ses seules épaules la responsabilité pénale des conséquences d'une relation sexuelle consentante. Les programmes de prévention et d'information mettent en revanche l'accent sur la coresponsabilité, soit la responsabilité partagée entre les partenaires sexuels. La responsabilité de la personne séropositive est bien de veiller à n'infecter personne d'autre ; toutefois la personne séronégative a la responsabilité tout aussi importante de se protéger en veillant à ne pas se faire infecter.

Avec les campagnes d'information nationales *Stop Sida Love Life* menées depuis de nombreuses années, personne ne peut douter que la population de notre pays connaît les risques associés aux relations sexuelles non-protégées et le Groupe sida Genève considère que le consentement éclairé doit être présumé du moment que la personne consent à avoir des relations non-protégées.

La poursuite pénale de personnes séropositives est aussi contraire à l'approche des droits de l'homme, fondamentale à la riposte mondiale à l'épidémie comme il a été

⁸ Déclaration de la Commission fédérale pour les problèmes liés au sida (CFPS) concernant la punissabilité de la transmission du VIH du 18 novembre 2010.

⁹ Loi fédérale sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme (Loi sur les épidémies, LEp), projet du 3 décembre 2010 non encore publié dans la Feuille Fédérale.

réitéré par le Programme commun des Nations Unies sur le VIH/sida (ONUSIDA) dans la synthèse de politique générale sur la criminalisation et le VIH¹⁰.

Pour conclure, Mme la Conseillère fédérale, le Groupe sida Genève espère que les réflexions menées par le Conseil Fédéral porteront sur des modifications du code pénal plus justes envers les personnes vivant avec le VIH et aussi plus aptes à soutenir la pleine réalisation des objectifs de prévention des autorités fédérales.

En vous remerciant de l'attention portée à la présente, nous vous prions de trouver ici, Madame la Conseillère fédérale, l'expression de notre parfaite considération.



David Perrot
Directeur
Groupe sida Genève

Copie :
M. Didier Burkhalter, Chef du Département de l'Intérieur
Prof. Dr. Med. Pietro Vernazza, Président CFPS

¹⁰ ONUSIDA, Politique générale, Criminalisation de la transmission du VIH, Août 2008.
(http://data.unaids.org/pub/Manual/2008/JC1601_policy_brief_criminalization_long_fr.pdf)



OBERGERICHT DES KANTONS SCHAFFHAUSEN
FRAUENGASSE 17 8200 SCHAFFHAUSEN TELEFON 052 632 74 22

Bundesamt für Justiz
Direktionsbereich Strafrecht
Bundesrain 20
3003 Bern

Schaffhausen, 10. Dezember 2010

Bundesgesetz über die Harmonisierung der Strafraumen im Strafgesetzbuch, im Militärstrafgesetz und im Nebenstrafrecht; Vernehmlassungsverfahren

Sehr geehrte Damen und Herren

Die in die Vernehmlassung geschickte Vorlage betrifft unmittelbar und speziell auch die Gerichte. Wir reichen Ihnen daher für die Schaffhauser Justiz (Obergericht, Kantonsgericht und Untersuchungsrichteramt) eine eigenständige Stellungnahme ein.

Allgemeines

Grundsätzlich können wir uns mit dem Ziel einer Harmonisierung der Strafraumen einverstanden erklären. Auch wir erachten es als störend, wenn die Gewerbsmässigkeit bei einzelnen Vermögensdelikten auch bei gleicher Strafdrohung im Grundtatbestand mit unterschiedlichen Mindeststrafen geahndet wird. Einig gehen wir auch mit dem Anliegen, die Strafdrohungen bei vorsätzlichen und fahrlässigen Delikten konsequenter zu unterscheiden bzw. abzustufen. Ebenso sehen wir einen Koordinationsbedarf bei der Abgrenzung von Vergehens- und Übertretungstatbeständen im Nebenstrafrecht.

Schon hier halten wir allerdings einschränkend fest, dass der Koordinationsbedarf in diesen und teilweise auch andern Bereichen zwar durchaus (teilweise seit 1942) be-

steht, aber keineswegs dringend ist, da die Gerichte diese Mängel dank dem ihnen eingeräumten weiten Ermessen bisher problemlos ausgleichen konnten.

Da es im Übrigen erklärermassen darum gehen soll, den Besonderen Teil des StGB einer umfassenden Überprüfung mit Blick auf den Rechtsgüterschutz bzw. auf die Gewichtung der geschützten Rechtsgüter zu unterziehen¹, müssten dafür auch aussenstehende, verwaltungsunabhängige Fachleute beigezogen werden. Dass dies hier geschehen wäre, ist aus dem erläuternden Bericht nicht ersichtlich.

Mindeststrafen / Einschränkung des richterlichen Ermessens

Umso kritischer sind wir gegenüber dem weiteren erklärten Ziel bzw. Schwerpunkt der Revision eingestellt, das Ermessen der Gerichte aus "kriminalpolitischen" Gründen einzuschränken und insbesondere neue Mindeststrafen einzuführen oder bestehende zu verschärfen. Zwar sehen die Verfasser der Vorlage selber ein, dass gesetzliche Mindeststrafen zu vermeiden seien, da sie das Ermessen des Gerichts einschränken und zu ungerechten Ergebnissen führen könnten; sie seien daher nur dort festzulegen, wo sie nachvollziehbar und sinnvoll seien.² Solche Gründe werden dann allerdings nirgends genannt.

Insbesondere ist es auch nicht sinnvoll, das richterliche Ermessen im unteren Bereich zu beschränken, um damit zum Ausdruck zu bringen, "dass der Gesetzgeber eine Straftat oder eine Qualifikation einer solchen als erhöht strafwürdig ansieht".³ Dieses Ziel könnte auch mit einer Anhebung der Höchststrafen erreicht werden. Keinen hinreichenden Grund, die Strafraumen durch Erhöhung der Mindeststrafen einzuengen, stellt auch die Tatsache dar, "dass die Gerichte die gegebenen Strafraumen in aller Regel bei Weitem nicht ausschöpfen", weil sich die Urteile "nur vereinzelt in der oberen Hälfte des Strafraumens befinden".⁴ Daraus könnte umgekehrt auch geschlossen werden, dass die Maximalstrafen zu hoch angesetzt sind.

Es liegt in der Natur der Sache, dass ein Strafraumen sowohl nach oben wie auch nach unten nur in (seltenen) Extremfällen voll ausgeschöpft wird. Genau für diese

¹ Vgl. Schreiben des EJPD vom 8. September 2010; erläuternder Bericht, S. 5, Ziff. 1.1.

² Erläuternder Bericht, S. 6, Ziff. 1.3.

³ Erläuternder Bericht, S. 6, Ziff. 1.3.

⁴ Erläuternder Bericht, S. 10, Ziff. 1.6.

Extremfälle muss der Strafraumen gleichwohl weit gesteckt sein. Auf die geplante Einführung oder Anhebung von Mindeststrafen kann deshalb verzichtet werden. Sie ist letztlich Ausdruck eines ungerechtfertigten Misstrauens in die korrekte Ausübung des richterlichen Ermessens.

Es ist auch abzulehnen, bei verschiedenen Delikten gegen Leib und Leben sowie Sexualdelikten die Mindeststrafe deshalb zu erhöhen⁵ oder eine solche neu einzuführen⁶ oder die Strafart auf Freiheitsstrafen zu beschränken⁷, um dem "zunehmende[n] Verunsicherungsgefühl" in "weiten Teilen der Bevölkerung" Rechnung zu tragen.⁸ Aus dem erläuternden Bericht ist nicht ersichtlich, wie diese angebliche Verunsicherung festgestellt worden sein soll. Ungesicherte Erkenntnisse, die auf blossen subjektiven Empfindungen gewisser Personen beruhen mögen, sind jedenfalls keine taugliche Grundlage für die vorgeschlagenen Verschärfungen.

Diese Einschränkungen des richterlichen Ermessens leuchten auch deshalb nicht ein, weil sie gar nicht konsequent umgesetzt werden sollen. Ausgerechnet bei der Vergewaltigung soll eine Mindeststrafe nicht eingeführt werden. Als Grund dafür wird allerdings zutreffend darauf hingewiesen, dass eine Mindeststrafe das richterliche Ermessen unangemessen einschränken würde.⁹ Das gilt aber nicht nur in diesem Zusammenhang, sondern auch bei weiteren Straftatbeständen.

Abzulehnen ist auch die vorgesehene Einführung einer Mindeststrafe von mehr als zwei Jahren bei der vorsätzlichen schweren Körperverletzung allein "wegen der gravierenden Folgen für das Opfer".¹⁰ Damit würde einem überholten Vergeltungsprinzip nachgelebt.

Die Einführung oder Erhöhung von Mindeststrafen und die damit verbundene Einschränkung des richterlichen Ermessens sind aber auch bei anderen Delikten zu vermeiden. Dies gilt insbesondere für die Angleichung bzw. Anhebung der bisher unterschiedlich festgelegten Mindeststrafen für die bereits erwähnten gewerbsmässigen

⁵ Art. 122, 139 Ziff. 3, 140 Ziff. 1, 184 Abs. 2 StGB.

⁶ Art. 129, ferner: Art. 226^{bis}, 235 Ziff. 1 Abs. 2 StGB.

⁷ Ausschluss der Geldstrafe in Art. 186, 187, 188, 189, 191, 192, 193, 195 StGB.

⁸ Erläuternder Bericht, S. 8, Ziff. 1.4.

⁹ Erläuternder Bericht, S. 10, Ziff. 1.5.

¹⁰ Erläuternder Bericht, S. 8, Ziff. 1.4.

Vermögensdelikte auf sechs Monate Freiheitsstrafe unter Ausschluss der Geldstrafe.¹¹ Zur Wahrung eines möglichst weiten richterlichen Ermessens wäre diese Mindeststrafe wenigstens auf das bisher festgelegte tiefste Niveau einer Geldstrafe nicht unter 90 Tagessätzen zu beschränken zu gewesen. Damit könnte auch den leichten Fällen von Gewerbsmässigkeit Rechnung getragen werden, welche es nach wie vor gibt, zumal das Bundesgericht diesen Tatbestand immer noch weit auslegt.

Angesichts der angeführten Beispiele stellt sich allerdings die Frage, ob das richterliche Ermessen nicht am besten dadurch gewahrt werden könnte, wenn alle Mindeststrafen generell abgeschafft würden.

Vorwegnahme der Revision des AT StGB

Generell abzulehnen sind alle Änderungen, welche die geplante erneute Revision des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuchs (AT StGB) vorwegnehmen. Zwar soll die Revision des AT StGB im Besonderen Teil des Strafgesetzbuchs (BT StGB) erst zu einem späteren Zeitpunkt vollständig umgesetzt werden. Gleichwohl wird die erneute Revision des AT StGB im Vorentwurf dort bereits berücksichtigt, wo sich Änderungen aufgrund der vorliegenden Revision des BT StGB ergeben.¹²

Die Schaffhauser Justiz lehnt die Revision des AT StGB ab.¹³ Sie dürfte damit nicht allein stehen. Daher sind die Bestimmungen, bei denen die Revision des AT StGB bereits berücksichtigt wird, zumindest dem geltenden AT StGB anzupassen. Dazu gehören namentlich Bestimmungen, bei denen eine Mindestgeldstrafe von unter 90 Tagessätzen auf 90 Tagessätze oder Freiheitsstrafe bis zu drei Monaten erhöht¹⁴ oder in eine Busse umgewandelt¹⁵ werden soll. Sodann wird die ohnehin fragwürdige Erhöhung von Mindeststrafen noch fragwürdiger, wenn sie zusätzlich bezwecken soll, eine bedingte oder teilbedingte Freiheitsstrafe von vornherein auszuschliessen, weil die hiefür vorgesehene Grenze gemäss erneuter Revision des AT StGB auf zwei Jahre herabgesetzt werden soll.¹⁶ Ebenso sollten Verbrechens- und Vergehensbussen –

¹¹ Erläuternder Bericht, S. 17, zu Art. 139.

¹² Erläuternder Bericht, S. 11, Ziff. 1.7.

¹³ Vgl. Vernehmlassung des Obergerichts des Kantons Schaffhausen vom 29. Oktober 2010 zur Änderung des Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (Änderungen des Sanktionenrechts).

¹⁴ Eine solche kurze Freiheitsstrafe darf es nach Art. 40 StGB in der Regel nicht geben.

¹⁵ Vgl. z.B. erläuternden Bericht, S. 22, zu Art. 177.

¹⁶ Vgl. erläuternden Bericht, S. 15 und 17, zu Art. 122 und Art. 140 Ziff. 3.

wenn überhaupt – nur in Geldstrafen und nicht auch noch alternativ in Freiheitsstrafen bis zu sechs Monaten umgewandelt werden.¹⁷ Diese Problematik ist auch bei der Harmonisierung der Strafrahmen im Nebenstrafrecht zu beachten.¹⁸

Da diese Anpassungen eine Revision betreffen, welche möglicherweise gar nie vorgenommen wird, sind wir der Auffassung, dass mit der vorliegenden Revision des BT StGB zumindest noch zugewartet werden sollte, bis klar ist, ob und inwieweit der AT StGB tatsächlich nochmals revidiert wird. Ein Zuwarten drängt sich umso mehr auf, als die vorliegende Revision – wie erwähnt – keineswegs dringend ist.

Wegfall von "kann"-Vorschriften

Abzulehnen ist die Streichung von "kann"-Vorschriften bzw. deren Änderung in "ist"-Vorschriften in Strafbestimmungen mit Tatbestands- und Rechtsfolgeermessen.¹⁹ Nicht belegt ist die hiezu angeführte Behauptung, das grosse Rechtsfolgeermessen habe in der Praxis unter anderem bei der Sachbeschädigung mit grossem Schaden dazu geführt, dass nur kurze Freiheitsstrafen ausgesprochen würden.²⁰ Selbst wenn sie zuträfe, wäre das kein Grund zur Einschränkung des richterlichen Ermessens.

Obwohl das Tatbestandsermessen von dieser Änderung nicht tangiert ist und die damit verbundene Einschränkung des Rechtsfolgeermessens in den meisten Fällen nur gering sein dürfte, weil der Strafrahmen in der Regel erhalten bliebe, kann die Änderung der "kann"- in eine "ist"-Vorschrift in einzelnen Fällen aber doch faktisch die Einführung einer Mindeststrafe bedeuten²¹, was – wie erwähnt – abzulehnen ist. Ansonsten dürfte diese Einschränkung des richterlichen Ermessens kaum Einfluss auf die Strafe und die Strafhöhe haben. Sie ist aber wiederum Ausdruck eines nicht gerechtfertigten Misstrauens in die korrekte Ausübung des richterlichen Ermessens. Auch von daher ist die Änderung von "kann"- in "ist"-Vorschriften generell abzulehnen.

¹⁷ Vgl. erläuternden Bericht, S. 7 und 11, Ziff. 1.3 und 1.7.

¹⁸ Vgl. erläuternden Bericht, S. 12 und 51, Ziff. 1.10 und 2.5.

¹⁹ Vgl. erläuternden Bericht, S. 7.

²⁰ Erläuternder Bericht, S. 18, zu Art. 144 Abs. 3.

²¹ Z.B. Art. 144 Abs. 3, 144^{bis} Ziff. 1 Abs. 2 und Ziff. 2 Abs. 2, 237 Ziff. 1 StGB.

Höchststrafen / Erweiterung des Strafrahmens

Die geplante Erhöhung der Höchststrafen bei Delikten gegen Leib und Leben sowie Sexualdelikten schränkt das richterliche Ermessen im Ergebnis nicht ein und erscheint auch als sachlich begründet, weshalb wir dazu im Grundsatz positiv eingestellt sind. Namentlich die Erhöhung der Höchststrafen bei der fahrlässigen Tötung und der fahrlässigen schweren Körperverletzung begrüßen wir, weil damit die schwierige Abgrenzung zwischen bewusster Fahrlässigkeit und Eventualvorsatz insbesondere im Zusammenhang mit sogenannten "Raserunfällen" wesentlich entschärft werden kann.²² Die höheren Maximalstrafen für Gewaltdarstellungen und Pornografie im Zusammenhang mit Kindern sowie die Ausdehnung der Strafbarkeit auf reine Konsumhandlungen bei Pornografie im Zusammenhang mit Kindern erachten wir ebenfalls als notwendig, da dies den strafrechtlichen Kinderschutz erhöht.²³ Nichts einzuwenden ist sodann gegen die Erhöhung der Höchststrafe für Raufhandel von drei auf fünf Jahre Freiheitsstrafe und damit die Angleichung an das ähnliche Delikt des Angriffs.²⁴

Streichung von Strafnormen

Mit der Streichung obsoleter oder überflüssiger Strafnormen sind wir grundsätzlich einverstanden.²⁵ Das gilt insbesondere für die Kindstötung, die auch von anderen Tatbeständen erfasst wird.²⁶ Fraglich ist allenfalls, ob auch die Strafbarkeit des Inzests aufzuheben sei, obwohl die meisten dieser Fälle ebenfalls von anderen Tatbeständen erfasst sind.²⁷ Immerhin ist dabei auch die Erbhygiene geschütztes Rechtsgut.²⁸ Mit der Aufhebung der Strafbestimmungen im Zusammenhang mit dem Militärdienst sind wir einverstanden.²⁹ Nichts einzuwenden haben wir auch gegen die Streichung verschiedener bundesrechtlicher Übertretungstatbestände.³⁰

²² Vgl. erläuternden Bericht, S. 14 f., zu Art. 117 und Art. 125 Abs. 2.

²³ Vgl. erläuternden Bericht, S. 16 und 26 f., zu Art. 135 und Art. 197.

²⁴ Vgl. erläuternden Bericht, S. 16, zu Art. 133 Abs. 1.

²⁵ Vgl. erläuternden Bericht, S. 7 f., Ziff. 1.3 und 1.4.

²⁶ Vgl. erläuternden Bericht, S. 8, Ziff. 1.4, und S. 13 f., zu Art. 116.

²⁷ Vgl. erläuternden Bericht, S. 8 f., Ziff. 1.4, und S. 28 f., zu Art. 213.

²⁸ Vgl. *Andreas Eckert* im Basler Kommentar, Strafgesetzbuch II, 2. A., Basel 2007, Art. 213 N. 2, S. 1232.

²⁹ Vgl. erläuternden Bericht, S. 9, Ziff. 1.4, S. 39 ff., zum 13. Titel.

³⁰ Vgl. erläuternden Bericht, S. 48 ff., zum 20. Titel.

Zusammenfassung

Mit der Vorlage geht es unseres Erachtens trotz gegenteiliger Beteuerung vor allem darum, das richterliche Ermessen bei der Strafzumessung einzuschränken, indem insbesondere Mindeststrafen eingeführt oder erhöht oder Vorschriften zur Nutzung des Strafrahmens ("ist"-statt "kann"-Vorschriften) erlassen werden sollen. Diese Einschränkungen des richterlichen Ermessens lehnen wir strikte ab.

Dasselbe gilt für die Bestimmungen, die eine erneute, aus unserer Sicht überflüssige Revision des AT StGB vorwegnehmen. Deshalb ist mit der vorliegenden Revision zumindest solange zuzuwarten, bis die Frage geklärt ist, ob und inwieweit der AT StGB erneut revidiert wird. Zudem sind bei der weiteren Behandlung der Sache auch ausstehende Fachleute beizuziehen. Wir weisen im Übrigen darauf hin, dass ständige Teilrevisionen oder sogar Rückabänderungen des Gesetzes mit der im Strafrecht besonders wichtigen Rechtssicherheit nicht vereinbar sind.³¹

Als notwendig erscheint uns nur die Anhebung der Höchststrafen bei fahrlässigen Tötung und fahrlässiger Körperverletzung sowie für Gewaltdarstellungen und Pornografie im Zusammenhang mit Kindern. Soweit wir zudem die Beschränkung gewisser Höchststrafen, die Streichung überflüssiger Strafbestimmungen und die Erhöhung von Strafrahmen als sinnvoll erachten, sind diese Änderungen keineswegs dringend.

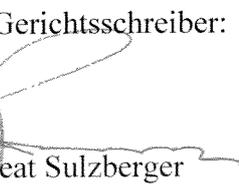
Wir danken Ihnen für Ihre Aufmerksamkeit und verbleiben

mit freundlichen Grüssen
IM NAMEN DES OBERGERICHTS

Der Präsident:


David Werner

Der Gerichtsschreiber:

 
Beat Sulzberger

³¹ Vgl. schon Vernehmlassung des Obergerichts des Kantons Schaffhausen vom 29. Oktober 2010 zur Änderung des Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (Änderungen des Sanktionenrechts), S. 3.

VERSANDT AM:

10. Dez. 2010

Postfach, 8026 Zürich
Telefon 043 243 40 40
Fax 043 243 40 41
Internet: www.mieterverband.ch
E-mail: info@mieterverband.ch

Bundesamt für Justiz
Direktionsbereich Strafrecht
Bundesrain 20
3003 Bern

Zürich, 10. Dezember 2010

Vernehmlassung zur Harmonisierung der Strafrahmen im Strafgesetzbuch, Militärstrafgesetz und im Nebenstrafrecht

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Der Schweizerische Mieterinnen- und Mieterverband Deutschschweiz dankt für die Möglichkeit, an der ob genannten Vernehmlassung teilnehmen zu können. Wir beschränken uns in dieser Vernehmlassung auf die Art. 325bis und 326bis, welche die Mietenden betreffen.

Art. 325bis und 326bis

Für die Mieterinnen und Mieter ist es sehr wichtig, dass diese Bestimmungen nicht aufgehoben werden.

Begründung:

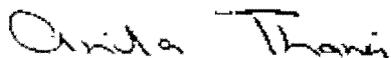
Auch wenn nur wenige Urteile auf Grund dieser beiden Artikel ergangen sind, so ist die praktische Bedeutung dennoch nicht gering, wie es der Bundesrat im erläuternden Bericht schreibt. Die Strafnorm betreffend Widerhandlungen gegen Mieterschutzbestimmungen hat eine starke präventive Wirkung. Oft zeigt bereits der Hinweis an Vermietende, dass ihr gesetzeswidriges Verhalten strafrechtlich relevant ist, genügend Wirkung.

Der Beibehalt der Strafnorm ist wichtig, damit klar signalisiert wird, dass Missbräuche nicht toleriert werden und nicht Privatsache sind. Die Streichung dieses strafrechtlichen Instrumentariums ist gerade in der heutigen Zeit, da in den Ballungszentren immer mehr Vermieterinnen und Vermieter unverfroren an und über die Grenze gehen, unverständlich und würde ein falsches Signal aussenden.

Wir danken Ihnen, wenn Sie diesem Anliegen die nötige Aufmerksamkeit schenken.

Freundliche Grüsse

Schweizerischer Mieterinnen- und Mieterverband Deutschschweiz



Anita Thanei
Präsidentin

Ho, Steiger

SCHWEIZERISCHE VEREINIGUNG DER RICHTERINNEN UND RICHTER **SVR**
ASSOCIATION SUISSE DES MAGISTRATS DE L'ORDRE JUDICIAIRE **ASM**
ASSOCIAZIONE SVIZZERA DEI MAGISTRATI **ASM**
ASSOCIAZIUN SVIZRA DALS DERSCHADERS **ASD**

Präsident **Peter Hodel, Oberrichter, Obergericht des Kantons Zürich, Hirschengraben 15, 8001 Zürich,**
☎ 041 257 91 91, E-Mail: peter.hodel@gerichte.zh.ch

Sekretariat **Jürg Steiger, Gerichtsschreiber, Bundesverwaltungsgericht, Postfach, 3000 Bern 14,**
☎ 058 705 25 37, E-Mail: juerg.steiger@bvger.admin.ch, info@svr-asm.ch; www.svr-asm.ch

Bundesamt für Justiz
Direktionsbereich Strafrecht
Bundesrain 20
3003 Bern

Zürich und Schaffhausen,
10. Dezember 2010

Bundesgesetz über die Harmonisierung der Strafraumen im Strafgesetzbuch, im Militärstrafgesetz und im Nebenstrafrecht; Vernehmlassungsverfahren

Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 8. Dezember 2010 hat Frau Bundesrätin Eveline Widmer-Schlumpf unter anderem die Schweizerische Vereinigung der Richterinnen und Richter zur Vernehmlassung zur vorgeschlagenen Harmonisierung der Strafraumen bis 10. Dezember 2010 eingeladen. Wir danken ihr für diese Möglichkeit und machen davon gerne wie folgt Gebrauch:

Allgemeines

Mit dem Ziel einer Harmonisierung der Strafraumen sind wir grundsätzlich einverstanden. Auch wir halten es für störend, wenn bei gleichartigen Delikten in der Strafdrohung sachlich nicht gerechtfertigte Unterschiede gemacht werden. Zweckmässig ist es auch, die Strafdrohungen bei vorsätzlichen und fahrlässigen Delikten konsequenter zu unterscheiden beziehungsweise abzustufen. Ebenso anerkennen wir einen Koordinationsbedarf bei der Abgrenzung von Vergehens- und Übertretungstatbeständen im Nebenstrafrecht.

Dazu halten wir allerdings einschränkend fest, dass der Koordinationsbedarf in diesen und teilweise auch andern Bereichen zwar durchaus (teilweise seit 1942) besteht, aber keineswegs dringend ist, da die Gerichte diese Mängel dank dem ihnen eingeräumten weiten Ermessen bisher problemlos ausgleichen konnten.

Mindeststrafen – Einschränkung des richterlichen Ermessens

Das weitere erklärte Ziel der Revision, das Ermessen der Gerichte aus "kriminalpolitischen" Gründen einzuschränken und insbesondere neue Mindeststrafen einzuführen oder bestehende zu verschärfen, befremdet uns. Zwar sehen die Verfasser der Vorlage selber ein, dass gesetzliche Mindeststrafen zu vermeiden seien, da sie das Ermessen des Gerichts einschränken und zu ungerechten Ergebnissen führen könnten; sie seien daher nur dort festzulegen, wo sie nachvollziehbar und sinnvoll seien.¹ Solche Gründe werden dann allerdings nirgends genannt.

Es ist auch nicht sinnvoll, das richterliche Ermessen im unteren Bereich zu beschränken, um damit zum Ausdruck zu bringen, "dass der Gesetzgeber eine Straftat oder eine Qualifikation einer solchen als erhöht strafwürdig ansieht".² Dieses Ziel liesse sich auch mit einer Anhebung der Höchststrafen erreichen. Keinen hinreichenden Grund, die Strafraumen durch Erhöhung der Mindeststrafen einzuengen, stellt auch die Tatsache dar, "dass die Gerichte die gegebenen Strafraumen in aller Regel bei Weitem nicht ausschöpfen", weil sich die Urteile "nur vereinzelt in der oberen Hälfte des Strafraumens befinden".³ Daraus könnte umgekehrt auch geschlossen werden, dass die Maximalstrafen zu hoch angesetzt sind.

Es liegt in der Natur der Sache, dass ein Strafraumen sowohl nach oben als auch nach unten nur in (seltenen) Extremfällen voll ausgeschöpft wird. Genau für diese Extremfälle muss der Strafraumen gleichwohl weit gesteckt sein. Auf die geplante Einführung oder Erhöhung von Mindeststrafen kann deshalb verzichtet werden. Sie ist letztlich Ausdruck eines durch nichts gerechtfertigten Misstrauens in die korrekte Ausübung des richterlichen Ermessens.

Bei verschiedenen Delikten gegen Leib und Leben sowie die sexuelle Integrität soll die Mindeststrafe deshalb erhöht,⁴ neu eingeführt⁵ oder die Strafart auf Freiheitsstrafen beschränkt werden,⁶ um dem "zunehmende[n] Verunsicherungsgefühl" in "weiten Tei-

¹ Erläuternder Bericht, S. 6, Ziff. 1.3.

² Erläuternder Bericht, S. 6, Ziff. 1.3.

³ Erläuternder Bericht, S. 10, Ziff. 1.6.

⁴ Art. 122, 139 Ziff. 3, 140 Ziff. 1, 184 Abs. 2 StGB.

⁵ Art. 129, ferner: Art. 226^{bis}, 235 Ziff. 1 Abs. 2 StGB.

⁶ Ausschluss der Geldstrafe in Art. 186, 187, 188, 189, 191, 192, 193, 195 StGB.

len der Bevölkerung" Rechnung zu tragen⁷ Dem erläuternden Bericht ist nicht zu entnehmen, wie diese angebliche Verunsicherung festgestellt worden sein soll. Ungesicherte Erkenntnisse, die auf bloss subjektivem Empfinden gewisser Personen beruhen, sind keine taugliche Grundlage für die vorgeschlagenen Verschärfungen. Solange nicht zuverlässige Erkenntnisse auf wissenschaftlicher Grundlage hierfür sprechen, ist das Ansinnen abzulehnen.

Diese Einschränkungen des richterlichen Ermessens leuchten auch deshalb nicht ein, weil sie gar nicht konsequent umgesetzt werden sollen. Ausgerechnet bei der Vergewaltigung soll keine Mindeststrafe nicht eingeführt werden. Als Grund dafür wird allerdings zutreffend darauf hingewiesen, dass eine Mindeststrafe das richterliche Ermessen unangemessen einschränken würde.⁸ Das gilt aber nicht nur in diesem Zusammenhang, sondern auch bei weiteren Straftatbeständen.

Abzulehnen ist auch eine Erhöhung der Mindeststrafe bei der vorsätzlichen schweren Körperverletzung auf mehr als zwei Jahre allein "wegen der gravierenden Folgen für das Opfer"⁹ Damit würde dem Vergeltungsprinzip zu ausgeprägt nachgelebt.

Die Einführung oder Erhöhung von Mindeststrafen und die damit verbundene Einschränkung des richterlichen Ermessens sind aber auch bei anderen Delikten zu vermeiden. Dies gilt insbesondere für die Angleichung beziehungsweise Erhöhung der bisher unterschiedlich festgelegten Mindeststrafen für die gewerbsmässigen Vermögensdelikte auf sechs Monate Freiheitsstrafe unter Ausschluss der Geldstrafe¹⁰ Zur Wahrung eines möglichst weiten richterlichen Ermessens wäre diese Mindeststrafe wenigstens auf das bisher festgelegte tiefste Niveau einer Geldstrafe nicht unter 90 Tagessätzen zu beschränken zu gewesen. Damit könnte auch den leichten Fällen von Gewerbsmässigkeit Rechnung getragen werden, die es nach wie vor gibt, zumal das Bundesgericht diesen Tatbestand immer noch weit auslegt.

Vorwegnahme der Revision des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuchs

Generell abzulehnen sind alle Änderungen, welche die geplante erneute Revision des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuchs vorwegnehmen. Zwar soll die Revision des Allgemeinen Teils im Besonderen Teil des Strafgesetzbuchs erst zu einem späteren Zeitpunkt vollständig umgesetzt werden. Gleichwohl wird die erneute Revision des

⁷ Erläuternder Bericht, S. 8, Ziff. 1.4.

⁸ Erläuternder Bericht, S. 10, Ziff. 1.5.

⁹ Erläuternder Bericht, S. 8, Ziff. 1.4.

¹⁰ Erläuternder Bericht, S. 17, zu Art. 139.

Allgemeinen Teils im Vorentwurf dort bereits berücksichtigt, wo sich Änderungen aufgrund der vorliegenden Revision des Besonderen Teils ergeben.¹¹

Die Schweizerische Vereinigung der Richterinnen und Richter lehnt die Revision des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuchs ab (Sanktionenrecht).¹² Daher sind die Bestimmungen, bei denen die Revision des AT StGB bereits berücksichtigt wird, zumindest dem geltenden Allgemeinen Teil anzupassen. Dazu gehören namentlich Bestimmungen, bei denen eine Mindestgeldstrafe von unter 90 Tagessätzen auf 90 Tagessätze oder Freiheitsstrafe bis zu drei Monaten erhöht¹³ oder in eine Busse umgewandelt¹⁴ werden soll. Sodann wird die ohnehin fragwürdige Erhöhung von Mindeststrafen noch fragwürdiger, wenn sie das zusätzliche Ziel verfolgt, eine bedingte oder teilbedingte Freiheitsstrafe von vornherein auszuschliessen, weil die hierfür vorgesehene Grenze gemäss erneuter Revision des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuchs auf zwei Jahre herabgesetzt werden soll.¹⁵ Ebenso sollten Verbrechen- und Vergehensbussen – wenn überhaupt – nur in Geldstrafen und nicht auch noch alternativ in Freiheitsstrafen bis zu sechs Monaten umgewandelt werden.¹⁶ Diese Problematik ist auch bei der Harmonisierung der Strafrahmen im Nebenstrafrecht zu beachten.¹⁷

Da diese Anpassungen eine Revision betreffen, die möglicherweise gar nie vorgenommen wird, ist mit der vorliegenden Revision des Besonderen Teils des Strafgesetzbuchs zumindest noch zuzuwarten, bis klar ist, ob und inwieweit der Allgemeine Teil tatsächlich nochmals revidiert wird. Ein Zuwarten drängt sich umso mehr auf, als die vorliegende Revision – wie erwähnt – keineswegs dringend ist.

Wegfall von "kann"-Vorschriften

Abzulehnen ist die Streichung von "kann"-Vorschriften beziehungsweise deren Änderung in "ist"-Vorschriften in Strafbestimmungen mit Tatbestands- und Rechtsfolgeermessen.¹⁸ Nicht belegt ist die hiezu angeführte Behauptung, das grosse Rechtsfolgeermessen habe in der Praxis unter anderem bei der Sachbeschädigung mit grossem Schaden dazu geführt, dass nur kurze Freiheitsstrafen ausgesprochen würden.¹⁹

¹¹ Erläuternder Bericht, S. 11, Ziff. 1.7.

¹² Vernehmlassung vom 30. Oktober 2010.

¹³ Eine solche kurze Freiheitsstrafe darf es nach Art. 40 StGB in der Regel nicht geben.

¹⁴ Vgl. z.B. erläuternden Bericht, S. 22, zu Art. 177.

¹⁵ Vgl. erläuternden Bericht, S. 15 und 17, zu Art. 122 und Art. 140 Ziff. 3.

¹⁶ Vgl. erläuternden Bericht, S. 7 und 11, Ziff. 1.3 und 1.7.

¹⁷ Vgl. erläuternden Bericht, S. 12 und 51, Ziff. 1.10 und 2.5.

¹⁸ Vgl. erläuternden Bericht, S. 7.

¹⁹ Erläuternder Bericht, S. 18, zu Art. 144 Abs. 3.

Selbst wenn sie zuträfe, wäre das kein Grund zur Einschränkung des richterlichen Ermessens.

Obwohl das Tatbestandsermessen von dieser Änderung nicht tangiert ist und die damit verbundene Einschränkung des Rechtsfolgeermessens in den meisten Fällen nur gering sein dürfte, weil der Strafrahmen in der Regel erhalten bliebe, kann die Änderung der "kann"- in eine "ist"-Vorschrift in einzelnen Fällen aber doch faktisch die Einführung einer Mindeststrafe bedeuten,²⁰ was – wie erwähnt – abzulehnen ist. Ansonsten dürfte diese Einschränkung des richterlichen Ermessens kaum Einfluss auf die Strafe und die Strafhöhe haben. Sie ist aber wiederum Ausdruck eines durch nichts gerechtfertigten Misstrauens in die korrekte Ausübung des richterlichen Ermessens. Auch von daher ist die Änderung von "kann"- in "ist"-Vorschriften generell abzulehnen.

Höchststrafen – Erweiterung des Strafrahmens

Die geplante Erhöhung der Höchststrafen bei Delikten gegen Leib und Leben sowie Sexualdelikten schränkt das richterliche Ermessen im Ergebnis nicht ein und erscheint auch als sachlich begründet, weshalb wir dazu im Grundsatz positiv eingestellt sind. Namentlich die Erhöhung der Höchststrafen bei der fahrlässigen Tötung und der fahrlässigen schweren Körperverletzung begrüßen wir, weil damit die schwierige Abgrenzung zwischen bewusster Fahrlässigkeit und Eventualvorsatz insbesondere im Zusammenhang mit sogenannten "Raserunfällen" wesentlich entschärft werden kann.²¹ Die höheren Maximalstrafen für Gewaltdarstellungen und Pornografie im Zusammenhang mit Kindern sowie die Ausdehnung der Strafbarkeit auf reine Konsumhandlungen bei Pornografie im Zusammenhang mit Kindern erachten wir ebenfalls als nötig, da dies den strafrechtlichen Kinderschutz erhöht.²² Nichts einzuwenden ist sodann gegen die Erhöhung der Höchststrafe für Raufhandel von drei auf fünf Jahre Freiheitsstrafe und damit die Angleichung an das ähnliche Delikt des Angriffs.²³

Streichung von Strafnormen

Mit der Streichung obsoleter oder überflüssiger Strafnormen sind wir grundsätzlich einverstanden.²⁴ Das gilt insbesondere für die Kindstötung, die auch von anderen Tat-

²⁰ Z.B. Art. 144 Abs. 3, 144^{bis} Ziff. 1 Abs. 2 und Ziff. 2 Abs. 2, 237 Ziff. 1 StGB.

²¹ Vgl. erläuternden Bericht, S. 14 f., zu Art. 117 und Art. 125 Abs. 2.

²² Vgl. erläuternden Bericht, S. 16 und 26 f., zu Art. 135 und Art. 197.

²³ Vgl. erläuternden Bericht, S. 16, zu Art. 133 Abs. 1.

²⁴ Vgl. erläuternden Bericht, S. 7 f., Ziff. 1.3 und 1.4.

beständen erfasst wird.²⁵ Fraglich ist allenfalls, ob auch die Strafbarkeit des Inzests aufzuheben sei, obwohl die meisten dieser Fälle ebenfalls von anderen Tatbeständen erfasst sind.²⁶ Immerhin ist auch die Erbhygiene ein geschütztes Rechtsgut.²⁷ Mit der Aufhebung der Strafbestimmungen im Zusammenhang mit dem Militärdienst sind wir einverstanden.²⁸ Nichts einzuwenden haben wir auch gegen die Streichung verschiedener bundesrechtlicher Übertretungstatbestände.²⁹

Zusammenfassung

Mit der Vorlage geht es unseres Erachtens trotz gegenteiliger Beteuerung vor allem darum, das richterliche Ermessen bei der Strafzumessung einzuschränken, indem insbesondere Mindeststrafen eingeführt oder erhöht oder Vorschriften zur Nutzung des Strafrahmens ("ist"- statt "kann"-Vorschriften) erlassen werden sollen. Diese Einschränkungen des richterlichen Ermessens lehnen wir vehement ab.

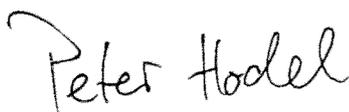
Dasselbe gilt für die Bestimmungen, die eine erneute, aus unserer Sicht überflüssige Revision des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuchs vorwegnehmen. Deshalb ist mit der vorliegenden Revision zumindest solange zuzuwarten, bis die Frage geklärt ist, ob und inwieweit der Allgemeine Teil erneut revidiert wird. Davon abgesehen sind ständige Teilrevisionen oder sogar Rückabänderungen des Gesetzes mit der im Strafrecht besonders wichtigen Rechtssicherheit nicht vereinbar.

Als nötig erscheint uns nur die Anhebung der Höchststrafen bei fahrlässigen Tötung und fahrlässiger Körperverletzung sowie für Gewaltdarstellungen und Pornografie im Zusammenhang mit Kindern.

Wir danken Ihnen für Ihre Aufmerksamkeit und verbleiben

mit freundlichen Grüßen

SCHWEIZERISCHE VEREINIGUNG
DER RICHTERINNEN UND RICHTER



Peter Hodel, Präsident



David Werner, Vizepräsident

²⁵ Vgl. erläuternden Bericht, S. 8, Ziff. 1.4, und S. 13 f., zu Art. 116.

²⁶ Vgl. erläuternden Bericht, S. 8 f., Ziff. 1.4, und S. 28 f., zu Art. 213.

²⁷ Vgl. *Andreas Eckert* im Basler Kommentar, Strafgesetzbuch II, 2. A., Basel 2007, Art. 213 N. 2, S. 1232.

²⁸ Vgl. erläuternden Bericht, S. 9, Ziff. 1.4, S. 39 ff., zum 13. Titel.

²⁹ Vgl. erläuternden Bericht, S. 48 ff., zum 20. Titel.

Postfach 5860 CH-3001 Bern

Eidgenössisches
Justiz- und Polizeidepartement
3003 Bern

DOPPEL

Bern, den 10. Dezember 2010
PD/is/52 14378

07161 VFG/Vernehmlassungen

Sehr geehrte Frau Bundesrätin

Mit Schreiben vom 11. September 2010 geben Sie uns Gelegenheit, zum Entwurf des Bundesgesetzes über die Harmonisierung der Strafrahmen im StGB, MStGB und Nebenstrafrecht Stellung zu nehmen. Wir danken Ihnen dafür.

Unserem Verband VFG – Freikirchen Schweiz gehören als Dachverband 15 evangelische Freikirchenverbände an mit 600 Kirchen und ca. 150'000 regelmässigen Gottesdienstbesuchern.

Allgemeine Vorbemerkungen:

Wir stellen die zunehmende Tendenz fest, dass Gesetze in immer schnellerem Rhythmus revidiert werden, häufig noch bevor klare Aussagen über die Auswirkungen eines revidierten Gesetzes gemacht werden können. Diese Tendenz offenbart sich am deutlichsten in Bereichen, wo ein politisches Unbehagen besteht. Es fehlt häufig an einer gründlichen Problemanalyse, die meistens aufzeigen würde, dass die bestehenden Probleme weniger in der Gesetzgebung, sondern vielmehr im Vollzug geortet werden müssten. Dies hängt zum Teil sicher auch mit den gegenüber früher mehr divergierenden Auffassungen in der Gesellschaft zusammen. Da diese auch

einheitliche Auffassungen von Sitte und Moral zunehmend in Frage stellen, ist es zunehmend wichtig, dass in Bezug auf das Strafrecht klare Regelungen bestehen. Strafrecht sollte zwar, wie ausgeführt, ultima ratio sein; wir stellen aber zunehmend fest, dass Menschen nur noch das Strafrecht als Grenze für ihr Handeln anerkennen.

Wir sind der Meinung, dass die Aufgabe des Richters in unserer Gesellschaft wieder vermehrt diskutiert werden sollte. Wir lehnen eine zunehmende Bevormundung der Gerichte ab, sind andererseits aber der Meinung, dass die Gerichte ihre Verantwortung gegenüber der Gesellschaft als Wahrer der Friedensordnung bewusster wahrnehmen sollten. Nach unserer Auffassung werden die Fälle zu wenig priorisiert. Es kann nicht sein, dass die Gerichte eine Geschäftskontrolle abarbeiten, ohne dass die Wahrnehmung des Einzelfalles in der Gesellschaft berücksichtigt wird. Dazu kommt, dass die Zusammenarbeit zwischen Polizei, Gerichten und Vollzugsbehörden oft ungenügend und zu wenig institutionalisiert ist.

Wir plädieren deshalb nicht für mehr Gesetze, sondern für einen effizienteren Vollzug.

Unsere Bemerkungen beschränken wir in der Folge auf Bemerkungen zu einzelnen Artikeln:

Art. 116 – Kindestötung:

Nach unserer Auffassung steht die Abschaffung dieses privilegierten Tatbestandes in einem gewissen Widerspruch zur Straflosigkeit des Schwangerschaftsabbruches während der ersten zwölf Wochen einer Schwangerschaft (Art. 129 Abs. 2 StGB). Gegebenenfalls könnte man den Strafrahmen nach oben z.B. auf fünf Jahre erweitern.

Art. 117 – Fahrlässige Tötung

Um Abgrenzungsprobleme in der Unterscheidung bewusste Fahrlässigkeit / Eventualvorsatz zu vermeiden, sind wir der Auffassung, dass der Strafrahmen für die fahrlässige Begehung bis 7 ½ Jahre Freiheitsstrafe angehoben werden sollte.

Eventuell wäre es ratsam, den bisherigen Absatz 1 unverändert zu belassen und in einem neuen Absatz 2 den Strafrahmen für bewusste Fahrlässigkeit bis 7 ½ Jahren zu erhöhen.

Art. 213 – Inzest

Da dem Strafrecht in unserer Gesellschaft zunehmend eine Ordnungsfunktion in dem Sinne zukommt, dass alles, was nicht verboten ist, erlaubt ist, sprechen wir uns klar gegen die Abschaffung von Art. 213 StGB aus. Es ist zwar zutreffend, dass die Anzahl der Verurteilungen marginal ist, doch dürfte die Dunkelziffer in diesem Bereich nicht unbedeutend sein.

Art. 292 - Ungehorsam gegen amtliche Verfügungen

Wir sind für Beibehaltung der bisherigen Fassung als Übertretungstatbestand.

Eventuell könnte die höhere Strafdrohung im Wiederholungsfall aufgenommen werden.

Art. 325bis – Widerhandlungen gegen die Bestimmungen zum Schutz der Mieter von Wohn- und Geschäftsräumen

Wir sind gegen die Streichung dieser Bestimmung. Die geringe Anzahl von Verurteilungen sagt nichts aus über die präventive Wirkung dieser Bestimmung.

Die vorstehende Vernehmlassung wurde heute von der Delegiertenversammlung einstimmig genehmigt.

Wir danken Ihnen für die Gelegenheit zur Stellungnahme und ersuchen Sie um wohlwollende Aufnahme unserer Vorschläge.

Mit freundlichen Grüssen
VFG – Freikirchen Schweiz



Peter D. Deutsch, Vizepräsident

Dreifach

Kopie per E-mail:
gilbert.mauron@bj.admin.ch

Loppel



Christen für die Wahrheit

Christians for Truth Switzerland

CFT-Schweiz
Postfach 2197
8022 Zürich
Telefon 044 211 88 88
Telefax 044 211 88 80
infos@cft.ch, www.cft.ch

Bundesamt für Justiz
Direktionsbereich Strafrecht
Bundesrain 20
3003 Bern

Zürich, 09.12. 2010

Vernehmlassung Bundesgesetz über die Harmonisierung der Strafrahmen im Strafgesetzbuch, im Militärstrafgesetz und im Nebenstrafrecht – Streichung des Inzest-Artikels (Art. 213 StGB)

Sehr geehrte Damen und Herren

Wie den Vernehmlassungsunterlagen zu entnehmen ist, will der Bundesrat den Straftatbestand des Inzests aufheben. Wenn dem Vorhaben zugestimmt wird, könnte in Zukunft ein Vater mit seiner 16-jährigen Tochter, mit ihrem Einverständnis, Sex haben. Vor ihrem 16. Geburtstag wäre die Handlung jedoch strafbar. Dieser Tabubruch wäre unverständlich im Zeitalter von häuslicher Gewalt, Kindsmisbrauch und Kinderpornographie. Vor allem werden die Bestrebungen zur Bekämpfung der letztgenannten untergraben.

Die Streichung des Artikels wäre zerstörerisch für die Familien und führt neben genetischen Schäden auch zu emotionalen und psychischen Konflikten. Ebenfalls gravierend wären die Folgen für Kinder, die bei Inzest gezeugt würden. Das Inzestverbot hingegen schützt die kostbare Beziehung von Eltern und Kindern und soll deshalb unbedingt weiter bestehen bleiben.

Das Vorhaben den Artikel streichen zu wollen, geht mit einer Ideologie einher, wonach jeder Mensch seine Sexualität nach seiner Vorliebe ausleben dürfen soll – sofern das Einverständnis des Partners gegeben ist. Diese Forderung geht gegen die Gebote Gottes in der Bibel und deckt sich auch nicht mit den Erfahrungen von vielen Generationen.

Bleibt zu fragen, welche Fortschritte uns die sexuelle Emanzipation in den letzten Jahrzehnten gebracht hat. Unserer Meinung nach sollte eine weitere Aufhebung von Grenzen und Schranken, die Religionen und Staaten seit Jahrhunderten gesetzt haben,



Christen für die Wahrheit

Christians for Truth Switzerland

CFT-Schweiz
Postfach 2197
8022 Zürich
Telefon 044 211 88 88
Telefax 044 211 88 80
infos@cft.ch, www.cft.ch

verhindert werden. Deshalb soll das Strafgesetz den Inzest weiterhin verbieten und damit die gesunden Rahmenbedingungen für Familien weiterhin hochhalten.

Deshalb lehnen wir die Streichung des Art. 213 ab und fordern dessen Verbleib im StGb.

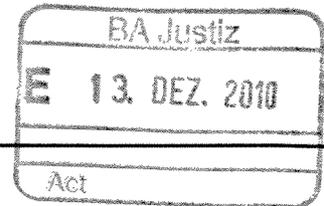
Wir danken Ihnen für die Kenntnisnahme unserer Meinung.

Mit freundlichen Grüßen

Christen für die Wahrheit
cft Schweiz

Jürg Läderach
Präsident

Walter Mannhart
Sekretär



Bundesamt für Justiz



BJ-00000000626084

A-Post
Bundesamt für Justiz
Abteilung Strafrecht
Bundesrain 20
3003 Bern

Spiez, 9. Dezember 2010

Vernehmlassung zum Bundesgesetz über die Harmonisierung der Strafrahmen im Strafgesetzbuch, im Militärstrafgesetz und im Nebenstrafrecht

Sehr geehrte Frau Bundesrätin

Die Schweizerische Vereinigung für Jugendstrafrechtspflege (SVJ) bedankt sich für die Möglichkeit, zu den geplanten Änderungen Stellung nehmen zu können.

Die vorgeschlagenen Änderungen werden von der SVJ grundsätzlich begrüsst und als angebracht gewertet. Nachfolgend werden lediglich folgende Hinweise zum Strafgesetzbuch gemacht:

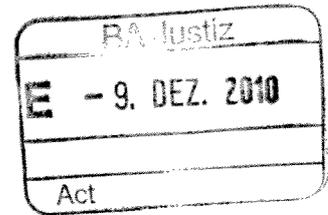
- Art. 186 (Hausfriedensbruch) wird im Jugendstrafrecht neu der kurzen Verjährungsfrist von 1 Jahr unterstehen. Die SVJ wehrt sich aber nicht dagegen.
- Art. 213 (Inzest) soll gestrichen werden, da dieser Tatbestand nur eine marginale Bedeutung hat. Das mag durchaus zutreffen. Ungeachtet allfälliger ethischer Bedenken muss sich der Gesetzgeber aber bewusst sein, dass künftig einvernehmlicher Geschlechtsverkehr zwischen 16 und 18 Jahren alten voll- oder halbbürtigen Geschwistern straffrei sein wird, sofern nicht die Voraussetzungen der Artikel 187 bis 191 StGB erfüllt sind. Ob hier nicht ein falsches Signal gesetzt wird, lässt sich aus heutiger Sicht nicht sagen.
- Nicht geändert werden soll Art. 172ter. Die SVJ möchte darauf hinweisen, dass die Konkretisierung dieser Strafbestimmung durch das Bundesgericht, welches die Grenze der Geringfügigkeit auf Fr. 300.-- festgesetzt hat, für Jugendliche einen Diebstahl zum Bagatelldelikt macht, obschon dieser Betrag einem Drittel oder gar der Hälfte eines Lehrlingslohnes entspricht (in Einzelfällen sogar einem Monatsgehalt). Aus Sicht der Spezialprävention wäre eine Differenzierung zwischen Jugendlichen und Erwachsenen grundsätzlich erwünscht.

Ich bitte Sie höflich um Kenntnisnahme und verbleibe

mit freundlichen Grüssen

SCHWEIZERISCHE VEREINIGUNG FÜR
JUGENDSTRAFRECHTSPFLEGE
Der Präsident


Hebeisen



Bundesamt für Justiz
Direktionsbereich Strafrecht
Bundesrain 20
3003 Bern



Zürich, 6. Dezember 2010 HSC

Vernehmlassung zum Bundesgesetz über die Harmonisierung der Strafraumen im Strafgesetzbuch, im Militärstrafgesetz und im Nebenstrafrecht

Sehr geehrte Damen und Herren

Wir danken für die Gelegenheit, uns zu dieser Vorlage äussern zu können. Leider sehen wir uns aber aufgrund unserer beschränkten Ressourcen zeitlich nicht in der Lage, uns eingehend mit dieser komplexen strafrechtlichen Materie auseinanderzusetzen. Wir müssen daher leider auf eine Stellungnahme verzichten.

Wir danken Ihnen für Ihr Verständnis.

Freundliche Grüsse

Kaufmännischer Verband Schweiz

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'H. Schütz'.

Hansueli Schütz
Volkswirtschaftlicher Mitarbeiter

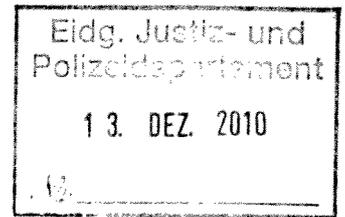
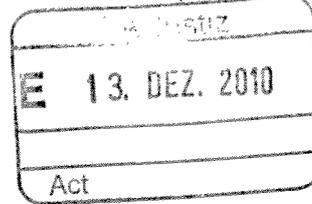


Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Eidgenössische Kommission für Aids-Fragen (EKAF)
Commission fédérale pour les problèmes liés au sida (CFPS)
Commissione federale per i problemi dell'AIDS (CFPA)
Cumissiun federala per dumondas d'AIDS (CFDA)



12



CH-3003 Berne, OFSP

Einschreiben

Madame la Conseillère fédérale
Simonetta Sommaruga
Cheffe de Département
Département fédérale de Justice et
Police
3003 Berne

Référence du document:
Votre référence:
Notre référence: RUL
Bern, le 9 décembre 2010

Consultation sur la Loi fédérale sur l'harmonisation des peines dans le code pénal, le code pénal militaire et le droit pénal accessoire

Madame la Conseillère fédérale,

Au nom de la Commission fédérale pour les problèmes liés au sida (CFPS/EKAF), nous souhaitons prendre position sur un article du code pénal qui nous concerne particulièrement et dont l'application pose problème depuis l'apparition du VIH.

Par ailleurs, nous avons écrit à ce sujet à Mme Widmer Schlumpf, qui vous a précédé à la tête du DFJP, une lettre en date du 4 octobre 2010 (voir annexe) résumant nos positions sur la question de l'art. 231 CP. Mme Widmer Schlumpf nous a répondu le 27 octobre 2010 que notre lettre serait prise en considération dans le cadre de l'actuelle Loi sur les épidémies.

En lisant le projet de la **Loi fédérale sur l'harmonisation des peines dans le code pénal, le code militaire et le droit pénal accessoire** nous sommes particulièrement préoccupés de voir que l'art. 231 CP est conservé tel quel et ne fait aucun état ni de l'évolution du débat juridique ni du projet d'une nouvelle Loi sur les épidémies (LEp).

L'avis de la Commission est clair et unanime : une norme juridique, qui vise en particulier la transmission ou le risque de transmission du VIH, entretient un climat de peur de la poursuite pénale et ne freine aucunement la diffusion du VIH. Au contraire, cette norme mine les efforts de prévention, en poussant certains individus à ne pas se tester ou à ne pas se soigner au bon moment.

Präsident EKAF
Prof. Dr. med. Pietro Vernazza
Infektiologie/Spitalhygiene
Kantonspital St. Gallen
9007 St. Gallen
Tel. 071 494 26 31 / Fax 071 494 61 14
E-Mail: pietro.vernazza@kssg.ch

Sekretariat EKAF
Luciano Ruggia, Wiss. Sekretär
Bundesamt für Gesundheit
Direktion Öffentliche Gesundheit
Abteilung Übertragbare Krankheiten
Postfach, CH-3003 Bern
Tel. 031 324 06 67 / Fax 031 324 09 42
E-Mail: luciano.ruggia@bag.admin.ch

En janvier 2008, notre Commission a publié un texte déclarant qu'une personne sous traitement anti-rétroviral efficace et sous certaines conditions bien précisées ne peut pas être considérée comme infectieuse et donc ne constitue pas un risque.

(cfr. : http://www.saez.ch/pdf_f/2008/2008-05/2008-05-089.PDF)

Le problème de fond de l'article 231 CP, pourtant, demeure. Nous pensons que cet article, dans sa formulation actuelle non est seulement inefficace dans le but qu'il pourrait poursuivre, contreproductif dans une optique de prévention, et finalement injuste du point de vue des droits humains, en rejetant ainsi toute responsabilité de la transmission du VIH sur la personne positive et ne prenant aucunement en compte la responsabilité de se protéger de la personne négative. Cet article, appliqué aux personnes porteuses du VIH a un caractère fortement stigmatisant.

Nous aimerions par ailleurs également attirer aussi l'attention de l'ensemble du Conseil fédéral sur l'image que cet article donne de la Suisse dans le monde.

En effet, depuis quelques années les efforts pour combattre les poursuites pénales contre la transmission du VIH/sida s'intensifient. Ce thème a été vivement débattu lors de la dernière Conférence mondiale sur le sida à Vienne en août 2010, et qui le sera encore lors de la prochaine Conférence mondiale à Washington en 2012.

Dans son « Report of the Special Rapporteur on the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health », présenté devant le Conseil des droits de l'homme de l'ONU le 4 juin 2010, le rapporteur spécial Anand Grover a particulièrement analysé dans quelle mesure la criminalisation de la transmission du VIH est contraire aux principes des droits humains. (cfr. : <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/14session/A.HRC.14.20.pdf>)

Une nouvelle initiative des Nations Unies, sous l'égide de UNPD et UNAIDS, a constitué une commission internationale dont le but est d'analyser et combattre l'utilisation du droit pénal dans le cadre de la lutte contre le VIH/sida. La « Global Commission on HIV and the Law » (<http://www.hivlawcommission.org>) va dresser un bilan des relations entre réponses juridiques, droits de l'homme et lutte contre le VIH. Ceci va attirer encore plus l'attention internationale sur les effets négatifs de toute réponse pénale dans la lutte contre le VIH.

Dans l'enquête indépendante « Euro HIV Index 2009 », visant à classer 29 pays européens en fonction de leur réponse à l'épidémie de VIH, la position de la Suisse est effectivement très bonne (3^{ème}). Sans l'actuelle norme pénale, nous occuperions certainement la première place dans ce classement. (<http://www.healthpowerhouse.se/files/Report%20Euro%20HIV%20index%20091008-3%20with%20cover.pdf>)

Au niveau international, comme vous pouvez le constater, ce thème retient une attention grandissante. Le fait que la Suisse soit une des exceptions, nuit à la bonne image de la lutte contre le VIH/sida conduite par notre pays.

Nous avons réitéré nos positions dans un texte récent intitulé « Déclaration de la Commission fédérale pour les problèmes liés au sida (CFPS) concernant la punissabilité de la transmission du VIH » (disponible en 4 langues sur notre site www.ekaf.ch).

Comme vous le savez, le projet de la nouvelle LEp ainsi que le message d'accompagnement ont été adoptés par le Conseil fédéral le 3 décembre dernier. Dans le cadre de la LEp, la nouvelle formulation de l'art. 231 CP proposée ne correspond que partiellement à nos prises de position passées.

La nouvelle LEp, dans son article 86, propose d'introduire l'obligation d'informer de son propre statut sérologique le partenaire lors d'un rapport sexuel.

Si cela semble certes aller dans la bonne direction, c'est une solution qui continue à reporter l'entier de la responsabilité de se protéger sur le partenaire séropositif et qui continue, de ce fait, d'être stigmatisante.

En effet, cette solution ne résout pas vraiment les incohérences existantes et en crée de nouvelles non moins problématiques. La concrétisation d'une obligation d'informer, même limitée à cette disposition forcera la personne séropositive à choisir entre la sanction sociale de la stigmatisation de la maladie et la sanction pénale, alors que tous nos efforts devraient viser à amener les personnes concernées à faire ce choix volontairement et non sous la contrainte.

Cet article ne concerne que des personnes vivant avec le VIH. Ceci est déjà en soi une discrimination contestable, mais il ajouterait de plus une nouvelle dimension discriminatoire dans le sens que seule une personne dévoilant sa séropositivité serait protégée de poursuites pénales. D'autres personnes, pour lesquelles le risque d'infection serait égal ou même inférieur du fait d'une thérapie ART efficace, se verraient sanctionnées simplement par avoir omis cette information.

Le régime juridique pénal applicable aux cas d'exposition et de transmission du VIH fait porter tout le poids de la responsabilité à la personne séropositive alors que les mesures de prévention et d'information portent un message de responsabilité individuelle partagée, chacun étant le premier responsable de sa propre santé sexuelle et reproductive. Nous devons insister sur ce point : chacun doit être responsable de sa santé, et en particulier de se protéger dans le cadre d'un rapport sexuel. Si une personne accepte de prendre un risque, si elle accepte un rapport sexuel non protégé, indépendamment de toute autre condition, elle porte aussi une part de responsabilité et cela doit aussi être pris en compte dans le contexte juridique.

Dans le message d'accompagnement à la nouvelle LEp, il est mentionné qu'il n'est pas indiqué de biffer l'art 231 CP en vue de sa signification dans le cadre des menaces du bioterrorisme. Nous comprenons parfaitement cette préoccupation. Toutefois, nous sommes de l'avis qu'il est très problématique et éventuellement contradictoire de faire cohabiter dans un même article du Code pénal deux préoccupations si diverses. Nous suggérons l'élaboration d'un article spécifique visant le bioterrorisme qui soit clairement séparé de l'article 231 CP.

Dans ce même message il est dit aussi que « s'il s'avérait que ces modifications ne sont pas suffisantes pour améliorer les interactions entre la pratique judiciaire actuelle relatives à l'art. 231 CP et les exigences liées à la protection de la santé publique, concrètement de sortir du champ d'application de la norme les relations sexuelles non protégées consentantes, il serait nécessaire de réexaminer cette disposition ». Nous sommes de l'avis que les modifications proposées dans la LEp ne sont pas suffisantes pour atteindre le but énoncé. Par conséquent, nous sommes de l'avis qu'il faut réexaminer cette norme.

Le 1er décembre dernier, le Conseil fédéral a adopté et promulgué le nouveau Programme national VIH et autres infections sexuellement transmissibles 2011–2017 (PNVI). Ce Programme, à notre avis excellent, fait suite à 25 ans d'efforts constants et cohérents de lutte contre le VIH.

Nous aimerions encore souligner qu'un des éléments centraux du PNVI 2011-2017 est la collaboration entre tous les acteurs de la lutte contre le VIH/sida, y compris les personnes vivant avec le VIH. Or, la menace de poursuites pénales ne contribue pas à renforcer cette coopération et risque même d'y porter le plus grand préjudice. La peur de la sanction n'a pas d'impact significatif sur les comportements à risques et elle tendrait même à inciter certains encore dans l'ignorance de leur infection à renoncer à faire un test sanguin de dépistage.

Alors que nous devrions réduire et lutter contre la stigmatisation des personnes vivant avec le VIH, le fait d'avoir un article du Code pénal visant ces personnes renforce au contraire cette stigmatisation.

Nous invitons le Conseil fédéral à viser, dans les réflexions et les modifications en cours du CP et de la LEp, la cohérence avec les buts du nouveau NPVI 2011-2017.

Toutes nos remarques visant l'art. 231 CP sont également applicables à l'art. 167 CPM.

En vous sachant sensible, autant que vos collègues à la lutte contre le VIH d'une part et au respect des droits humains de l'autre, nous sommes confiants que notre lettre trouvera chez vous une oreille attentive.

Veuillez recevoir, Madame la Conseillère fédérale l'expression de nos sentiments distingués.



Prof. Dr. med. Pietro Vernazza
Präsident EKAF



Prof. (FH) Dr. iur. Kurt Pärli
Vize-Präsident EKAF

Copie:

- Mme Micheline Calmy-Rey, Cheffe du Département des affaires étrangères
- M. Didier Burkhalter, Chef du Département de l'Intérieur

Annexes:

- Prise de position de la CFPS/EKAF sur la LEp, du 12 mars 2008
- Lettre de la CFPS/EKAF au BJ « Änderung Art. 231 StGB im Rahmen der Revision des Epidemiengesetzes », du 10 décembre 2008
- Lettre CFPS/EKAF sur le droit pénal du 4 octobre 2010 et réponse de Mme Widmer Schlunpf du 27 octobre 2010
- Déclaration de la Commission fédérale pour les problèmes liés au sida (CFPS) concernant la punissabilité de la transmission du VIH, 22 septembre 2010
- AHS : Prise de position : Le traitement pénal de la transmission du VIH (mis à jour novembre 2010)



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Eidgenössische Kommission für Aids-Fragen (EKAF)
Commission fédérale pour les problèmes liés au sida (CFPS)
Commissione federale per i problemi dell'AIDS (CFPA)
Cumisslun federala per dumondas d'AIDS (CFDA)

CH-3003 Bern, BAG

Bundesamt für Gesundheit
Abt. MT
3003 Bern

Référence du document:
Votre référence:
Notre référence: VER/RUL
Bern, le 12 mars 2008

Stellungnahme EKAF über den Entwurf EpiGesetz

Sehr geehrter Herr Bundesrat
Sehr geehrte Damen und Herren

Mit grossem Interesse haben wir vom Entwurf des EpiGesetzes Kenntnis genommen. Die Bekämpfung von Epidemien erfordert zeitgemässe gesetzliche Grundlagen, die den Behörden ein im Interesse der Öffentlichen Gesundheit strategisch richtiges Vorgehen erlauben.

Die EKAF hat den Gesetzesentwurf an ihrer Sitzung vom 12. März 2008 thematisiert. Die nachfolgende Stellungnahme bildet das Ergebnis der Diskussion. Wir haben wie gewünscht auch zu den im angehängten Fragebogen aufgeworfenen Fragen Stellung bezogen.

Allgemeine Bemerkungen:

Der begleitende Bericht zur Revisionsvorlage weist darauf hin, mit der EpiG-Revision würden wie bereits im bisherigen Gesetz zwei Ziele verfolgt: Öffentliche Gesundheit und Sicherheit. Insgesamt bleibt der Eindruck haften, dass im vorliegenden Entwurf der Aspekt der Sicherheit etwas zu stark in den Vordergrund gerückt wird. Ausserdem werden den zuständigen Behörden zum Teil recht weitgehende Kompetenzen für Eingriffe in die Persönliche Freiheit der Bürgerinnen und Bürger erteilt. Auch wenn diese Freiheitsbeschränkungen durch das legitime Interesse an öffentlicher Gesundheit und Gesundheitsgefährdung Dritter gerechtfertigt ist, möchten wir die Voraussetzungen der Grundrechtseingriffe an verschiedenen Stellen präziser formuliert haben.

Präsident EKAF

Prof. Dr. med. Pietro Vernazza
Infektiologie/Spitalhygiene
Kantonsspital St. Gallen
9007 St. Gallen
Tel. 071 494 26 31 / Fax 071 494 61 14
E-Mail: pietro.vernazza@kssg.ch

Sekretariat EKAF

Luciano Ruggia, Wiss. Sekretär
Bundesamt für Gesundheit
Direktion Öffentliche Gesundheit
Abteilung Übertragbare Krankheiten
Postfach, CH-3003 Bern
Tel. 031 323 87 40 / Fax 031 324 09 42
E-Mail: luciano.ruggia@bag.admin.ch

Wir erachten es in diesem Zusammenhang als unabdingbar, dass im Gesetz der Grundsatz der Achtung der Grundrechte der von einer Krankheit betroffenen Personen verankert wird. Dazu gehört auch die Statuierung eines Diskriminierungsverbotes (siehe dazu unseren Vorschlag Art. 2. Abs.3).

An einigen Stellen des Gesetzes erkennen wir potenzielle Kompetenzkonflikte zwischen Bund und Kantonen. Wir sind überzeugt, dass es im Rahmen des Kampfes gegen jede Art von Epidemie grundlegend ist, eine einheitliche und zentralisierte Koordination vorzufinden (siehe dazu unsere Vorschläge in Art. 20 Abs. 2 und Art. 54). Die Verantwortlichkeit muss klar und ohne jegliche Zweifel dem Bund übertragen werden.

Bemerkungen zu einzelnen Bestimmungen:

Zu Art. 2 Zweck

- **Art. 2 Abs. 2 lit. a** enthält zwei nicht unmittelbar zusammenhängende Aussagen. Wir schlagen vor, die Aussagen in zwei Absätze aufzuteilen (lit. a : Überwachung, lit. b neu : Grundlagewissen)
- Wir schlagen eine Ergänzung vor: **Art. 2, Abs. 3:** „Bund und Kantone sorgen dafür, dass die Massnahmen dieses Gesetzes die betroffenen Personen nicht diskriminieren und dass ihre Grundrechte respektiert werden.“

Zu Art. 4 Begriffe

- **Art. 4, lit c. Krankheitserreger:** Da auch gentechnisch veränderte Erreger "biologisch" sind, sollte für die nicht gentechnisch veränderten Erreger die Bezeichnung "natürliche Erreger" oder allenfalls "natürlich entstandene Erreger" verwendet werden.
- **Art. 4, lit d. Umgang mit Krankheitserregern:** Es sollte auch das "Beschaffen" aufgelistet werden, da diese gesetzesrelevante Tätigkeit durch die anderen aufgeführten Begriffe nicht vollständig abgedeckt ist.

Zu Art. 5 Besondere Lage

- **Art. 5 Abs. 1 :** Hier erlauben wir uns die Bemerkung, dass es notwendig ist, den sehr verschiedenen Situationen wie der Pandemie, die im Gegensatz zu einer konzentrierten Epidemie mit einem geringen Ausmass an Ansteckungen (Bsp. HIV in der Schweiz) sehr ansteckend ist, Rechnung zu tragen. Epidemien wie HIV können ein grosses Problem der Öffentlichen Gesundheit darstellen. Diese verschiedenen Situationen müssen im Zentrum stehen, obwohl beide mit unterschiedlichen Mitteln und Strategien angegangen werden.
- **Art. 5 Abs. 1, lit. a, Ziff. 1,2,3 :** Hier sind drei alternative Voraussetzungen für das Vorliegen einer besonderen Lage aufgeführt. Es erscheint uns indes als fraglich, ob die in Ziffer 3 aufgeführte Konstellation „schwerwiegende Auswirkungen auf die Wirtschaft oder auf andere Lebensbereiche“ auftreten kann, ohne dass *gleichzeitig* eine besondere Gesundheitsgefährdung oder eine erhöhte Ansteckungs- und Ausbreitungsgefahr besteht. Wir sind deshalb der Meinung, dass dieses „wirtschaftliche“ Kriterium hier überflüssig und zu entfernen ist. Sollte dennoch ein nicht vorhersehbarer Fall eintreten, kann noch immer auf Art. 6 EpiG (ausserordentliche Lage) zurückgegriffen werden.
- **Art. 5 Abs. 3:** Hier ist unbedingt die Präzisierung anzubringen, dass die fraglichen Massnahmen dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit entsprechen. Formulierungsvorschlag: Er kann in einer besonderen Lage die notwendigen, geeigneten und zumutbaren Massnahmen anordnen, namentlich:

Zu Art. 6 : Ausserordentliche Lage

- **Art. 6** : Wir schlagen vor, dass diese Generalklausel präzisiert wird. In der jetzigen Form gibt sie nicht mehr her, als die Notstandskompetenzbestimmung in Art. 185 Abs. 3 der Bundesverfassung. Es können an dieser Stelle zumindest nicht abschliessend einige Kriterien genannt werden, wann eine ausserordentliche Lage vorliegt. Die Kriterien müssten zum Ausdruck bringen, dass zwischen Sicherheit, öffentlicher Gesundheit und den Grundrechtseingriffen abgewogen werden muss.

Zu Art. 8:

- Der Hinweis auf einen gestrichenen Artikel verstärkt die Neugierde über dessen Inhalt. Wir hätten hier Transparenz vorgezogen.

Zu Art. 9 Information

- **Art. 9 Abs. 1** : Diese Formulierung erachten wir als sehr gelungen. Speziell in einem Präventionsziel finden wir es sehr wichtig, dass diese Information gewisse Zielgruppen der Bevölkerung erreicht.
- **Art. 9 Abs. 4**: „Das BAG koordiniert die Informationstätigkeit mit den Kantonen“.

Zu Art. 11 Grundsatz

- **Art. 11** : An dieser Stelle ist der Hinweis auf die Notwendigkeit des Grundrechts- und Datenschutzes anzubringen. Wir schlagen folgende Formulierung vor:
 - Bund und Kantone sorgen für die Erhebung von Beobachtungen zu übertragbaren Krankheiten. Dabei sind die Grundrechte der betroffenen Personen und die Grundsätze der Datenbearbeitung (Art. 59 – 62 EpiG) zu beachten. Die Erhebung dient dazu :... »

Zu Art. 13 Meldepflicht

- **Art. 13 al. 1** : es ist angegeben „... um über die erforderlichen Merkmale für die Identifikation von kranken Personen Auskunft geben zu können...“. Es ist unbedingt zu definieren, in welchen Fällen und unter welchen Kriterien die personifizierte Meldung abläuft.

Zu Art. 17- 19 (Abschnitt Laboratorien)

- Art. 17 : Derzeit erfolgt die Prüfung durch das Schweizerische Heilmittelinstitut, aber die Bewilligung wird vom BAG erteilt. Die Beseitigung dieser Doppelspurigkeit macht Sinn.
- Art. 17-19 : Labors : Im Speziellen in **Art. 18** sollte man erwähnen, dass die Nationalen Referenzzentren durch den Bund unter Mithilfe der Kantone finanziert werden.

Zu Art. 20 (Abschnitt Verhütungsmassnahmen)

- **Art. 20** ist eine wichtige Bestimmung für Präventionsmassnahmen und findet grundsätzlich unsere Unterstützung.
- In **Art. 20 Abs. 1** ist möglicherweise ein Kompetenzkonflikt angelegt. Wer ergreift welche Massnahme? Wie teilen sich die Kompetenzen auf? Wer vermittelt im Falle eines Konflikts? Diese möglichen Probleme (und ihre Lösungen) sind unseres Erachtens durch den Gesetzgeber im Grundsatz zu antizipieren.

- **Art. 20 Abs. 2:** Wir würden es vorziehen, die Liste nicht abschliessend zu formulieren, so dass der Bundesrat in künftigen heute vielleicht noch nicht bekannten Fällen Handlungsspielraum hat. Unser Vorschlag lautet: Der Bundesrat kann namentlich :...
- **Art. 20 Abs. 2 lit b:** Diese Bestimmung erachten wir gerade im Kontext HIV/Aids als sehr wichtig. Wir unterstützen auch, dass die Nichteinhaltung entsprechenden Verfügungen gemäss Art. 77 EpiG-Entwurf sanktioniert werden kann.
- Wir schlagen vor, die in **Art. 20 Abs. 2** aufgeführte Liste wie folgt zu ergänzen:
 - f. Organisation, Koordination und Überwachung der öffentlichen Präventionspolitik und im wesentlichen Überprüfung der Triftigkeit und Kohärenz der Botschaften (umformen, so dass es zu "Der Bundesrat kann namentlich..." passt.
- Vorschlag **Art. 20 Abs. 3:** „ Der Bund koordiniert und steuert die Massnahmen mit den Kantonen.“

Zu Art. 29 Grundsatz

- Wir stellen fest, dass bei den Voraussetzungen der zu ergreifenden Massnahmen das rechtsstaatlich erforderliche Verhältnismässigkeitsprinzip (Art. 5 und 36 BV) nicht vollständig beachtet wird (Geeignetheit, Erforderlichkeit, Zumutbarkeit). Art. 29 ist deshalb mit lit c zu ergänzen „und die Massnahme für die betroffene Person zumutbar ist“.

Zu Art. 31-38 (Massnahmen gegen einzelne Personen)

- Die vorgesehenen Massnahmen stehen zwar unter dem Vorbehalt der „Eintrittsbedingungen“ nach Art. 29 EpiG-Revision. Dennoch ist es unseres Erachtens unerlässlich, dass der Gesetzgeber klar festhält, dass die behördlichen Massnahmen gegen einzelne Personen weder diskriminieren dürfen noch andere Grundrechte verletzen dürfen. Wir schlagen deshalb vor, dass diese Grundsätze in Art. 29 zusätzlich aufgenommen werden. Art. 29 ist demnach wie folgt zu ergänzen: lit. d: die Massnahme keine Grundrechte verletzt und nicht diskriminierend ist.

Zu Art. 39 (Abschnitt Massnahmen gegenüber der Bevölkerung)

- Hier schlagen wir die folgende Ergänzung vor Art. 39 al d. (neu) : „Schliessung von öffentlichen Einrichtungen, die die Anordnungen im Kampf gegen die Epidemien nicht respektieren.“ Obligatorische Beteiligung dieser Einrichtungen, Integration und Verteilung der vom Bund angeordneten und koordinierten Botschaften und Präventionsstrategien.

Zu **Art. 40** Abschnitt 3: Hier besteht ein Widerspruch zu Art. 37, als dort die zwangsweise Behandlung von Personen eben NICHT vorgesehen ist. Personen sollen daher auch laut Art. 40 nicht zwangsbehandelt werden dürfen — oder aber es muss Art. 37 angeglichen werden. Gemäss erläuterndem Bericht soll das Epidemiengesetz keine gesetzliche Grundlage für eine Zwangsbehandlung hergeben. Es wird nicht genügend bzw. überhaupt nicht begründet, weshalb dies in den Aus- und Einreisekonstellationen nicht gelten soll.

Zu Art. 48 Forschung

Abs. 2, lit. c:

- Wir unterstützen die gesetzliche Verankerung der Forschungsförderung. Wir würden jedoch begrüssen, wenn die Forschungsförderung auf den für die wirksame Epidemienbe-

kämpfung wichtigen Bereich der sozialwissenschaftlichen Forschung ausgeweitet wird. Vorschlag für Neuformulierung: **Art. 48 Abs. 2 lit. c** „Unterstützung der klinischen Forschung im Bereich der ansteckenden Epidemiologie und Unterstützung der Forschung in den Sozialwissenschaften, um die Verständlichkeit von sozialen Aspekten der Epidemie und die Präventionsmassnahmen zu verbessern.“

Zu **Art. 54** Koordinationsorgan

- **Art. 54** präzisiert nicht klar, wer leitet dieses Organ. Es wäre sinnvoll, nur Vertreter aus der Epidemiologie und der Medizin, der Forschung und der Prävention speziell zu erwähnen und in diese Struktur zu integrieren. Ebenfalls sind wir der Meinung, dass weder die Frage der Finanzierung, noch die Befugnisse und Kompetenzen dieses Organs genügend klar definiert sind. Wir schlagen vor, dass das BAG die Leitung dieses Organs übernimmt.

Vorschlag **Art. 58 (neu)**: „Der Bundesrat kann weitere Kommissionen einsetzen, namentlich im Bereich sexuell übertragbarer Krankheiten. Diese Kommissionen beraten den Bundesrat beim Erlass von Vorschriften und die Behörden beim Vollzug.“

Zu **Art. 80** Änderungen des bisherigen Rechts

- **Art. 80** : Dieser Artikel ist in den Augen der EKAF besonders wichtig und wir sehen diesen als absolut notwendig. Wir sind sehr zufrieden, dass dieser Artikel in diesem Gesetz integriert wurde. Unsere Meinungen hierzu sind in unserem Beschluss vom 20. November 2007 zu finden. Wir werden daher hier nicht näher zu diesem Artikel eingehen, da unsere Kommentare bereits in den Gesetzesentwurf aufgenommen wurden. (Beilagen: Gutachten Niggli, Beschluss EKAF vom 30.11.07)

Für weitere Fragen stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung.

Herzlichen Dank für Ihre Kenntnisnahme und freundliche Grüsse.



Prof. Dr. med. Pietro Vernazza
Präsident EKAF

Prof. Dr. iur. Kurt Pärli
EKAF Mitglied

Beilagen:

- Beratungsfragebogen
- Gutachten Niggli
- Beschluss EKAF vom 30.11.07





Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Eidgenössische Kommission für Aids-Fragen (EKAF)
Commission fédérale pour les problèmes liés au sida (CFPS)
Commissione federale per i problemi dell'AIDS (CFPA)
Cumissiun federala per dumondas d'AIDS (CFDA)

CH-3003 Berne, OFSP

Bundesrat

Sektion Bundesratsgeschäfte
Bundeskanzlei
Bundeshaus West
3003 Bern

Référence du document:

Votre référence:

Notre référence: PÄR/RUL

Bern, 10. Dezember 2008

Strafbarkeit der HIV-Übertragung – Position der EKAF

Sehr geehrte Frauen Bundesrätinnen, sehr geehrte Herren Bundesräte,

Als beratendes Organ des Bundesrates für Fragen der Aidspolitik erlauben wir uns, Ihnen einerseits unsere Besorgnis über die Strafbarkeit der HIV-Übertragung zu vermitteln und andererseits Sie über unsere Aktivitäten zur Änderung der aus HIV/Aids-politischer Sicht unbefriedigenden Rechtspraxis informieren.

Die schweizerische HIV/Aids-Politik baut *grundsätzlich* auf der Eigenverantwortung der Individuen und der Solidarität mit HIV/Aids betroffenen Menschen aus. Das ist richtig so, denn weltweit zeigt sich: wirksame Präventionsstrategien bauen darauf auf, dass grundsätzlich jede Person eine Verantwortung gegenüber sich selber hat, sich vor HIV zu schützen und diese auch wahrnehmen kann. Voraussetzung der Wirksamkeit von Präventionsstrategien bildet der Schutz der Menschenrechte HIV-Infizierter und HIV-gefährdeter Menschen. Auch diese Erkenntnis bildet wichtiger Bestandteil der schweizerischen HIV/Aids-Politik.

Seit Beginn der HIV-Infektion in den 80iger Jahren werden in der Schweiz regelmässig HIV-positive Personen wegen ungeschütztem Geschlechtsverkehr strafrechtlich sanktioniert, einerseits wegen (versuchter) schwerer Körperverletzung nach Art. 122 StGB und andererseits wegen (versuchter) Verbreitung einer gefährlichen Krankheit nach Art. 231 StGB. Verschiedene Untersuchungen zeigen, dass die Schweiz bei strafrechtlichen Verurteilungen wegen HIV-Übertragung einen Spitzenplatz einnimmt. In einem neuen Entscheid, BGE 134 IV 193, hat das Bundesgericht zudem erstmals auch einen Mann wegen *fahrlässiger Verbreitung* einer gefährlichen Krankheit bestraft. Ungeschützter Geschlechtsverkehr zwischen einem HIV-positiven und einem HIV-negativen Sexualpartner ist nach bis-

Präsident EKAF

Prof. Dr. med. Pietro Vernazza
Infektiologie/Spitalhygiene
Kantonsspital St. Gallen
9007 St. Gallen
Tel. 071 494 26 31 / Fax 071 494 61 14
E-Mail: pietro.vernazza@kssg.ch

Sekretariat EKAF

Luciano Ruggia, Wiss. Sekretär
Bundesamt für Gesundheit
Direktion Öffentliche Gesundheit
Abteilung Übertragbare Krankheiten
Postfach, CH-3003 Bern
Tel. 031 324 06 67 / Fax 031 324 09 42
E-Mail: luciano.ruggia@bag.admin.ch

heriger Praxis insbesondere selbst dann nach Art. 231 StGB strafbar, wenn der informierte HIV-negative Partner in den ungeschützten Geschlechtsverkehr einwilligt.

Die Strafbarkeit der HIV-Übertragung kann die Präventionsstrategien untergraben, in dem nicht die durch die Präventionsstrategien geförderte Verantwortung für die Gesundheit einseitig dem HIV-positiven Partner zugeschoben wird. Sowohl in der juristischen Lehre wie auch seitens von Aids-Organisationen wird die heutige Strafrechtspraxis kritisiert. Die hohe Zahl an Strafrechtsfällen in der Schweiz wurde im Rahmen der vergangenen WeltAids-Konferenz in Mexico von verschiedenen Seiten kritisch kommentiert. Namentlich wendet sich auch die UNAIDS grundsätzlich gegen die Kriminalisierung der HIV-Übertragung.

Die EKAF hat sich intensiv mit der Problematik der Strafbarkeit der HIV-Übertragung auseinandergesetzt. Sie ist der Überzeugung, dass der heutige strafrechtliche Umgang falsch ist. Die EKAF hat deshalb erfreut die Revisionsvorlage zum Epidemiengesetz zur Kenntnis genommen, die eine Änderung des heutigen Art. 231 StGB vorsieht. Wir haben die Revisionsvorlage in unserer Stellungnahme *grundsätzlich* begrüsst. Wir sehen indes zur künftigen Ausgestaltung von Art. 231 StGB noch Klärungsbedarf und haben deshalb eine entsprechende Anfrage an das Bundesamt für Justiz gerichtet.

Die weitere strafrechtliche Entwicklung werden wir intensiv beobachten, namentlich auch bezüglich der strafrechtlichen Auswirkungen neuer wissenschaftlicher Erkenntnisse über die Nichtinfektiosität gut behandelter Personen. Wir werden uns weiter dafür einsetzen, dass die medizinischen Fakten bei der strafrechtlichen Beurteilung der HIV-Übertragung berücksichtigt werden.

Mit der Bitte um Kenntnisnahme verbleiben wir mit freundlichen Grüssen



Prof. Dr. med. Pietro Vernazza
Präsident EKAF



Prof. (FH) Dr. iur. Kurt Pärli
Vize-Präsident EKAF



CH-3003 Berne, OFSP

Bundesrat

Sektion Bundesratsgeschäfte
Bundeskanzlei
Bundeshaus West
3003 Bern

Référence du document:

Votre référence:

Notre référence: Vernazza/Päri

Bern, den 4. Oktober 2010

Strafbarkeit der HIV-Übertragung – Grundsatzklärung der EKAF

Sehr geehrte Frau Bundespräsidentin
Sehr geehrte Frauen Bundesrätinnen
Sehr geehrte Herren Bundesräte

Die Schweizerische HIV/Aids-Strategie wird von internationalen Organisationen und anderen Ländern als "vorbildlich" und "erfolgreich" bezeichnet. Einzig die überdurchschnittlich hohe Zahl von Verurteilungen wegen "Verbreitung menschlicher Krankheiten" nach Art. 231 StGB trübt dieses positive Bild und zwar nachhaltig: Die Schweiz findet sich auf diesen Ratings für Europa an der Spitze und weltweit in "ungemütlicher" Gesellschaft totalitärer Staaten.

Sie haben die Eidgenössische Kommission für Aids-Fragen (EKAF) eingesetzt und uns mandatiert, Sie zu beraten. Wir haben Sie bereits mit einem Schreiben vom 10. Dezember 2008 über unsere Besorgnis ins Bild gesetzt.

Heute möchten wir Ihnen die Grundsatzklärung der EKAF zur Strafbarkeit der (sexuellen) Übertragung zur Kenntnis bringen und gleichzeitig deutlich festhalten: Die Kommission stellt die Strafbarkeit einer (versuchten) HIV-Übertragung als Körperverletzungstatbestand gemäß Art. 122 und Art. 123 StGB in keiner Weise in Frage.

Aber die Eidg. Kommission für Aids-Fragen beantragt Ihnen, in der jetzt laufenden Revision des Eidg. Epidemiengesetzes den Art. 231 StGB so anzupassen, dass er nicht mehr willkürlich und gegenläufig zur bewährten HIV/Aids-Strategie der Schweiz auf HIV und andere sexuell übertragbare Infektionen angewendet wird. Die EKAF hat sich dazu im Vernehmlassungsprozess geäußert, hegt aber Bedenken, dass das Problem auf Ebene der Verwaltung gelöst werden kann.

Präsident EKAF

Prof. Dr. med. Pietro Vernazza
Infektiologie/Spitalhygiene
Kantonspital St. Gallen
9007 St. Gallen
Tel. 071 494 26 31 / Fax 071 494 61 14
E-Mail: pietro.vernazza@kssg.ch

Sekretariat EKAF

Luciano Ruggia, Wiss. Sekretär
Bundesamt für Gesundheit
Direktion Öffentliche Gesundheit
Abteilung Übertragbare Krankheiten
Postfach, CH-3003 Bern
Tel. 031 324 06 67 / Fax 031 324 09 42
E-Mail: luciano.ruggia@bag.admin.ch

Die EKAF dankt dem Bundesrat für die Kenntnisnahme der Erklärung und für die politische Umsetzung des Antrages und steht für weitere Auskünfte gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüssen



Prof. Dr. med. Pietro Vernazza
Präsident EKAF



Prof. (FH) Dr. iur. Kurt Pärli
Vize-Präsident EKAF

Beilage: Grundsatzklärung der EKAF zur Strafbarkeit der (sexuellen) Übertragung der HIV-Infektion vom 22. September 2010

Kopie an:

- Vorsteherin des Eidg. Justiz und Polizeidepartements
- Vorsteherin des Eidg. Departements für auswärtige Angelegenheiten
- Vorsteher des Eidg. Departements des Innern



P.P. CH-3003 Bern, GS-EJPD

Eidgenössische Kommission für Aids-Fragen
EKAF
Sekretariat EKAF
Bundesamt für Gesundheit
Direktion Öffentliche Gesundheit
Abteilung Übertragbare Krankheiten
Postfach
3003 Bern

Bern,

Strafbarkeit der HIV-Übertragung – Grundsatzklärung der EKAF
Ihr Schreiben vom 4. Oktober 2010

- Sehr geehrter Herr Prof. Dr. Vernazza

Im Namen des Bundesrates danke ich Ihnen für die Zusendung des Schreibens vom 4. Oktober 2010 sowie der Grundsatzklärung der Eidgenössischen Kommission für Aids-Fragen vom 22. September 2010. Ihre Überlegungen zur Strafbarkeit der HIV-Übertragung werden im Rahmen der laufenden Revision des Epidemiengesetzes mit einbezogen.

Freundliche Grüsse

Eveline Widmer-Schlumpf





Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Eidgenössische Kommission für Aids-Fragen (EKAF)
Commission fédérale pour les problèmes liés au sida (CFPS)
Commissione federale per i problemi dell'AIDS (CFPA)
Cumissiun federala per dumondas d'AIDS (CFDA)

Déclaration de la Commission fédérale pour les problèmes liés au sida (CFPS) concernant la punissabilité de la transmission du VIH

Depuis l'apparition des infections à VIH dans les années 80, des personnes séropositives font régulièrement l'objet de sanctions pénales en Suisse suite à des rapports sexuels non protégés, pour (tentative de) lésion corporelle grave¹ et pour (tentative de) propagation d'une maladie grave². Le tribunal fédéral (TF) a cependant reconnu que, lorsque le partenaire séronégatif est au courant de l'infection de son partenaire et consent de manière éclairée à avoir un rapport sexuel non protégé, la personne séropositive n'est pas punissable pour (tentative de) lésion corporelle grave³. Pour la première fois, le TF a condamné par un arrêt récent⁴ un homme qui n'a pas pris les mesures nécessaires pour exclure avec une certitude suffisante la possibilité de sa contamination et qui a continué à entretenir des rapports sexuels non protégés. Il a été jugé coupable de lésion corporelle par négligence et de propagation d'une maladie grave par négligence.

L'utilisation du droit pénal pour combattre l'infection à VIH fait débat dans la littérature juridique⁵. Les spécialistes en matière de santé publique sont pour la plus grande partie opposés à la criminalisation de la transmission du VIH lors de relations sexuelles. En novembre 2009, la CFPS a invité des experts renommés à une audition⁶, au cours de laquelle la situation et la pratique juridiques suisses ont été discutées de manière comparative.

Après analyse approfondie des prises de position et des enseignements du droit comparé, la CFPS conclut que l'application du droit pénal qui a été faite jusqu'à présent en Suisse pour sanctionner les rapports sexuels non protégés n'est pas judicieuse pour les motifs développés ci-dessous. Cette position est en accord avec celle de l'ONUSIDA⁷ :

1. Les stratégies de prévention efficaces reposent sur le principe que toute personne qui est en mesure de le faire, porte la responsabilité envers elle-même de se protéger du VIH et des

¹ En vertu de l'art. 122 CP (toutefois en relation avec l'art. 22 CP)

² Art. 231 CP (éventuellement en relation avec l'art. 22 CP)

³ Cf. ATF 131 IV 1

⁴ ATF 134 IV 193,

⁵ Mösch, P. Pärli, Der strafrechtliche Umgang mit HIV/Aids in der Schweiz im Lichte der Anliegen der HIV/Aids Prävention: Status quo, Reflexion, Folgerungen Teil 1: Die schweizerische Rechtsprechung: empirische und dogmatische Analyse, AJP 2009, p. 1261.

⁶ Invités : M^{re} Jacob Hösl, Cologne (auteur d'une vaste expertise concernant la situation juridique en Allemagne, qui sera publiée fin 2010) ; M^{re} Helmut Graupner, vice-président de la société « österreichischen Gesellschaft für Sexualforschung », Vienne ; Ronald A.M. Brands, Policy Officer on Social and Legal Aspects, STI AIDS Netherlands, Amsterdam.

⁷ ONUSIDA, Criminalisation de la transmission du VIH, Politique générale, Genève 2008 (uniquement en anglais), cf. également la prise de position sur la pénalisation de la transmission VIH de l'Aide suisse contre le sida, Zurich 2010.

Präsident EKAF

Prof. Dr. med. Pietro Vernazza
Infektiologie/Spitalhygiene
Kantonsspital St. Gallen
9007 St. Gallen
Tel. 071 494 26 31 / Fax 071 494 61 14
E-Mail: pietro.vernazza@kssg.ch

Sekretariat EKAF

Luciano Ruggia, Wiss. Sekretär
Bundesamt für Gesundheit
Direktion Öffentliche Gesundheit
Abteilung Übertragbare Krankheiten
Postfach, CH-3003 Bern
Tel. 031 324 06 67 / Fax 031 324 09 42
E-Mail: luciano.ruggia@bag.admin.ch

autres maladies sexuellement transmissibles. Appliquer le droit pénal en cas de rapport sexuel non protégé peut éroder ce type de stratégies.

2. La protection de la santé publique est basée sur le principe du processus social d'apprentissage, par lequel la société dans son ensemble apprend à se protéger de manière préventive et sans exercer de discrimination à l'encontre des personnes contaminées. Ce principe caractérise depuis 25 ans la politique suisse en matière de VIH/sida, internationalement reconnue⁸.
3. Dans le domaine du VIH/sida, la Suisse a opté en 1986 pour une stratégie de prévention de la santé publique basée sur l'apprentissage et non sur l'épidémiologie⁹. Depuis, le Conseil fédéral a réaffirmé cette stratégie à maintes reprises¹⁰. La Confédération et les cantons ont donc renoncé à faire usage des mesures de droit épidémiologique prévues dans la loi sur les épidémies actuellement en vigueur (déclaration nominative, enquête par les autorités sanitaires).
4. Le droit pénal fait porter la responsabilité uniquement ou en premier lieu aux personnes séropositives. Une telle conception du droit pénal dans le domaine du VIH/sida n'est pas compatible avec un modèle d'apprentissage reposant sur la stratégie de prévention. Rendre unilatéralement responsables les personnes séropositives par le biais d'une procédure pénale donne au reste de la société un sentiment de sécurité trompeur, qui peut s'avérer contre-productif en termes de prévention.
5. Chaque jour se déroulent un très grand nombre d'actes sexuels non protégés avec un partenaire séropositif. Qu'un tel « délit » soit découvert et sanctionné ou non dépend dans une large mesure du hasard et du comportement des partenaires. Une fois la procédure pénale engagée, on ne peut plus simplement y mettre fin, quand bien même les personnes concernées le souhaiteraient : en effet, il s'agit d'une infraction poursuivie d'office. En outre, des études montrent que sanctionner pénalement la transmission du VIH lors de rapports sexuels ne contribue pas à réduire les risques de transmission¹¹. Utiliser le droit pénal pour lutter contre l'épidémie de VIH n'est donc pas pertinent et contrevient au principe de proportionnalité, contraignant pour les actes de l'Etat.
6. L'analyse de la jurisprudence actuelle montre que dans la grande majorité des cas, le motif de sanction retenu était la tentative de transmission du VIH : cela signifie qu'il n'y a pas eu contamination ou que la relation entre l'acte sexuel et l'infection n'a pas pu être prouvée. Concernant les (tentatives de) lésions corporelles graves ou la (tentative de) propagation d'une maladie humaine grave, les tribunaux retiennent le dol éventuel contre les personnes séropositives, y compris lorsque le risque de transmission est très faible. Dans de nombreux cas, le risque de transmission est infime, voire, sous certaines conditions et jusqu'à preuve du contraire, inexistant (cf. déclaration de la CFPS¹²). Dans de tels cas, il est particulièrement contestable de retenir un dol éventuel, c'est-à-dire d'estimer que la personne séropositive s'accommode du risque d'infecter son partenaire.

⁸ Plüss/Frey/Kübler/Rosenbrock (2009). *Review of the Swiss HIV Policy by a Panel of International Experts. Scientific Background Report*. Horgen, Syntagma GmbH (disponible sous <http://www.bag.admin.ch/evaluation/01759/02062/06256/index.html?lang=fr>).

⁹ Cf. Programme National VIH et sida 2004 - 2008, p. 9.

¹⁰ Concept sida 1987, 1993, Programmes nationaux 1999, 2004, 2008.

¹¹ Carol L. Galletly/Steven D. Pinkerton. *Preventing HIV Transmission via HIV Exposure Laws: Applying Logic and Mathematical Modeling to Compare Statutory Approaches to Penalizing Undisclosed Exposure to HIV*, Journal of Law, Medicine & Ethics, Vol. 36 No. 3, p. 577 ss.

¹² Vernazza/Hirschel/Bernasconi/Flepp, Les personnes séropositives ne souffrant d'aucune autre MST et suivant un traitement antirétroviral efficace ne transmettent pas le VIH par voie sexuelle, Suisse. Bulletin des médecins suisses, 2008; 89: 5, p. 165 ss.

7. Selon la jurisprudence, un rapport sexuel non protégé constitue une (tentative de) propagation d'une maladie humaine, à la fois dangereuse et transmissible, même si le partenaire sexuel séronégatif a été informé et qu'il consent librement à un rapport non protégé. Cependant, rien ne prouve qu'utiliser cette disposition pénale ne permette d'endiguer la propagation de l'infection à VIH. Au contraire, cette pratique conduit à une criminalisation avérée ou potentielle de nombreux hommes séropositifs dont le partenaire a consenti librement et en toute connaissance de cause à avoir un rapport sexuel non protégé. Si cette disposition pénale constituait réellement un moyen plausible de freiner une propagation épidémique du VIH, le partenaire séronégatif consentant à cet acte commun (rapport sexuel) devrait, en toute logique, également avoir des comptes à rendre.

De l'avis de la CFPS, cette pratique juridique va clairement à l'encontre de la politique VIH/sida suisse, qui a pourtant déjà fait ses preuves et qui est portée par un large consensus au sein de la société. La CFPS soumet donc les demandes suivantes au législateur et aux instances qui appliquent le droit (autorités de poursuites pénales et tribunaux) :

1. Les autorités de poursuite pénale et les tribunaux doivent prendre en compte les connaissances scientifiques concernant l'infectiosité des personnes séropositives qui suivent une thérapie efficace (cf. déclaration de la CFPS, 2008). Les personnes qui ne sont pas considérées comme infectieuses selon les critères de la CFPS ne doivent pas être condamnées. Un non-lieu doit être rendu dans les procédures éventuellement en cours, et les jugements rendus jusqu'à présent doivent, le cas échéant, être revus.
2. Souvent, le risque de transmission est également très faible chez les personnes séropositives dont la charge virale ne se situe pas encore en dessous du seuil de détection. Les tribunaux sont donc invités à ne pas conclure hâtivement à un dol éventuel. La Cour suprême de justice des Pays-Bas a rendu en 2005 un jugement de principe exemplaire à ce point de vue¹³.
3. Le législateur doit réviser l'art. 231 CP de sorte qu'un rapport sexuel non protégé faisant l'objet d'un consentement mutuel ne puisse plus relever de cette disposition. L'opportunité se présente avec l'actuelle révision (2010) de la loi sur les épidémies¹⁴.

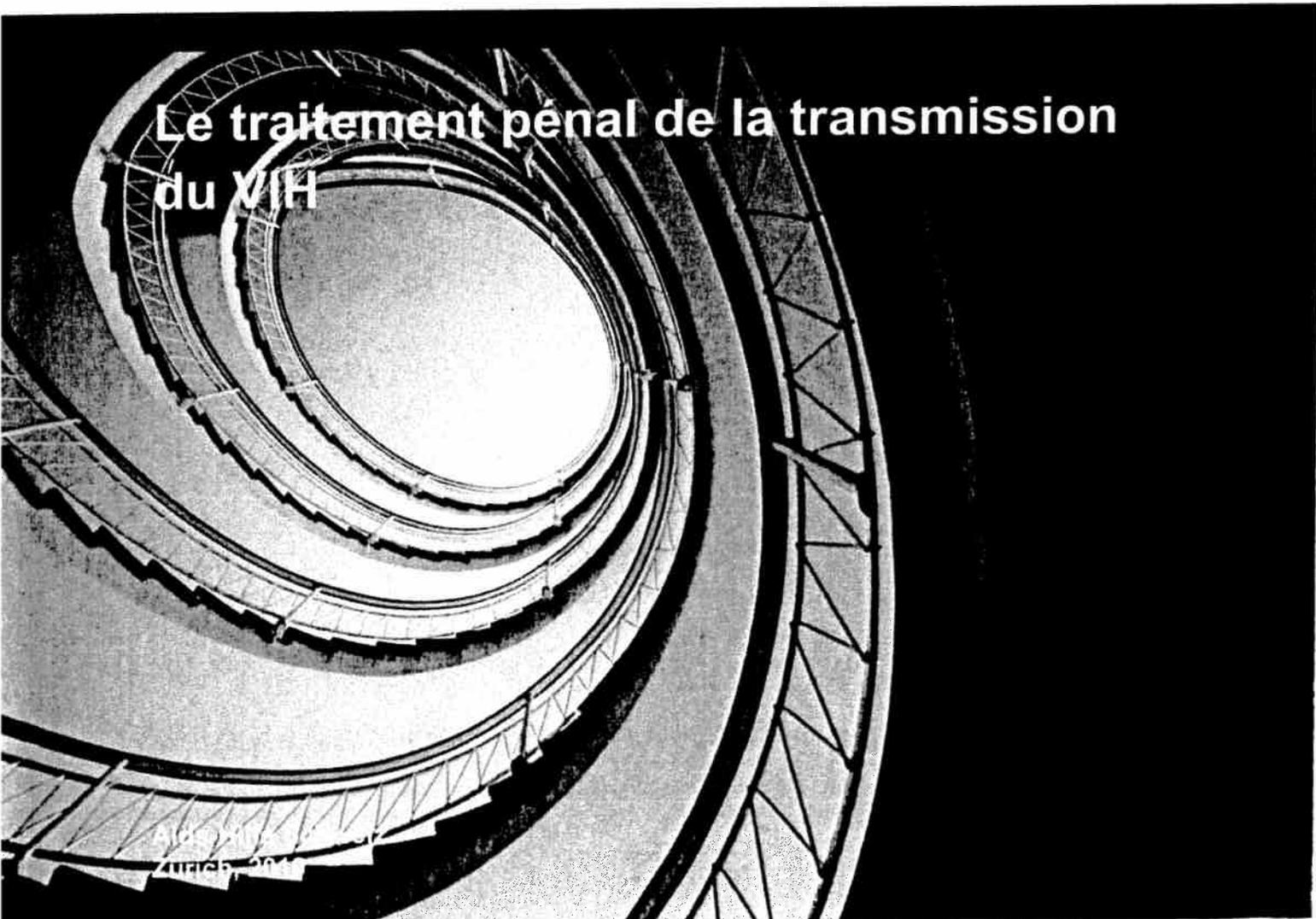
Commission fédérale pour les problèmes liés au sida (CFPS), le 22 septembre 2010

¹³ Supreme Court of the Netherlands (Hoge Rad der Nederlanden), Criminal Division, Judgment of 18 th January 2005, Case No. LJN ARI 1860.

¹⁴ La page suivante en offre un aperçu : <http://www.bag.admin.ch/themen/medizin/03030/03209/03210/index.html?lang=fr>.



Prise de position



**Le traitement pénal de la transmission
du VIH**

SOMMAIRE

I. PRÉFACE

II. INTRODUCTION

- 1) Bref aperçu
- 2) Exposé rétrospectif de la situation
- 3) Comparaison à l'échelle internationale
- 4) La position de l'ONUSIDA
- 5) 10 raisons de s'opposer à la criminalisation de l'exposition au VIH ou de sa transmission
- 6) Perspectives

III. FONDEMENTS JURIDIQUES

- 1) Délits contre l'intégrité corporelle (art. 122 ss. CP)
- 2) Délits contre la collectivité (art. 231 CP)
- 3) Tableau : Aperçu de la situation juridique actuelle relative à la transmission du VIH

IV. Aperçu de la position de l'Aide Suisse contre le Sida

- 1) Personnes sous traitement
- 2) Rapports sexuels non protégés mutuellement consentis
- 3) Relations stables
- 4) Sanctions pénales applicables à la tentative
- 5) Propagation d'une maladie de l'homme dangereuse
- 6) Transmission du VIH par usage de la violence ou par exploitation d'un rapport de dépendance

V. CAS DE FIGURE

La personne séropositive au VIH a des rapports sexuels avec un/une partenaire séronégative

- A. La personne séropositive au VIH qui bénéficie d'un TAR efficace n'est pas susceptible de transmettre le virus par voie sexuelle
(Situation 1)
- B. La personne séropositive au VIH est susceptible de transmettre le virus par voie sexuelle
 - ... et a des rapports sexuels protégés (Situation 2)
 - ... et a des rapports sexuels non protégés...
 - ... mutuellement consentis...
 - ... en sachant qu'elle est séropositive...
 - ... et en en ayant informé son partenaire sexuel (Situation 3)

- ... sans en avoir informé son partenaire sexuel...
 - ... généralement (Situation 4)
 - ... dans le cadre d'une relation stable (Situation 5)
 - ... en faisant semblant d'être séronégatif (Situation 6)
- ... en ignorant qu'elle est séropositive...
 - ... sans transmission du VIH (Situation 7)
 - ... avec transmission du HIV (Situation 8)
- ... non mutuellement consentis...
 - ... La personne séropositive au VIH est la victime du rapport sexuel non désiré (Situation 9.1)
 - ... La personne séronégative est la victime du rapport sexuel non désiré (Situation 9.2)

Cas spéciaux

- A. Transmission intentionnelle de l'infection à VIH (« desperados »)
- B. Échange de seringues entre toxicomanes par voie intraveineuse
- C. Punissabilité d'un médecin pour défaut d'information
- D. Punissabilité d'un/une intervenant(e) engagé(e) dans le domaine du conseil pour défaut d'information

**Preface by Edwin Cameron
Judge at the Constitutional Court, South Africa:**

In the last 20 years, about 30 people living with HIV have been convicted in Switzerland for having unprotected sex. These prosecutions have in some cases made headline news across the world. Through this, Switzerland, whose laws and practices are sometimes seen as a model to others, has become an exemplar for using the criminal law against people with HIV.

As someone living with HIV myself, from an African country with the world's highest number of people with HIV (about 5.7 million South Africans are living with HIV), this for me is a source of grave concern.

The reason is that there is little if any evidence that using criminal laws to regulate HIV transmission achieves beneficial results. No data establishes that these prosecutions inhibit HIV transmission. And the facts in some of the cases suggest that justice is not advanced.

As the position has been explained to me, prosecution and conviction may occur in Switzerland even if someone has disclosed to his HIV status to the sexual partner, and the partner agreed to unprotected sex.

This seems to lack even-handedness, for in a genuinely equal society both partners should take responsibility for safer sex. Criminal prosecutions on their own do not seem to reduce risky behavior.

On the contrary, strong moral, human rights and public health arguments point away from using the criminal law in the epidemic – or at least, to confining its use very narrowly to cases where a person with HIV deliberately sets out to infect another, and achieves that objective.

The Swiss AIDS Federation does not oppose prosecutions where a person has transmitted the virus with deliberate intention. Nor do I.

It is the much broader use of the criminal law that is troubling – for it fuels stigma against people with HIV, while achieving little that is positive.

For years the Swiss AIDS Federation has opposed criminal liability. In this stance, the Swiss AIDS Federation does not stand alone. In its policy brief, UNAIDS recommends that governments abide by international human rights conventions, and repeal HIV-specific criminal laws, laws directly mandating disclosure of HIV status, and other laws which are counterproductive to HIV prevention, treatment, care and support efforts. UNAIDS recommends that governments apply general criminal law only to the intentional transmission of HIV. This is in line with the Federation's stance.

We may hope that the prosecutions and unjust convictions will decline in the near future. If it is not possible to persuade those supporting these laws that criminalization is wrong, we must hope that the courts will take into account scientific fact regarding the risk of infection where the accused person is on successful highly active antiretroviral therapy.

Many of Switzerland's laws and institutions of constitutional governance, as well as its work ethic, provides the world with good examples, and good leadership. For me as an African in this searing epidemic, where anti-HIV criminal laws target women, and heighten stigma, it will be a good day indeed when Switzerland provides leadership also in renouncing criminal laws and prosecutions that target people with HIV.

Edwin Cameron, 4 June 2010

INTRODUCTION

Bref aperçu

En Suisse, depuis le début des années 90, des personnes atteintes du VIH font l'objet de poursuites pénales si elles ont des contacts sexuels non protégés. Dans la plupart des cas, on leur reproche de ne pas avoir informé leur partenaire sexuel de leur séropositivité. Ces faits constituent généralement deux infractions, à savoir l'infliction de lésions corporelles graves (art. 122 CP) et la propagation d'une grave maladie de l'homme (art. 231 CP). Outre les cas dans lesquels le virus a effectivement été transmis, plus de la moitié des accusés ont été sanctionnés au motif de la simple tentative de transmission.

L'Aide Suisse contre le Sida (ASS) refuse le principe de la criminalisation du contact sexuel non protégé, car elle estime que les deux partenaires sexuels partagent la responsabilité de la pratique du *safer sex*. Il existe cependant des situations dans lesquelles l'ASS est favorable à l'engagement de poursuites pénales. La présente prise de position a pour objet de dresser un tableau des principaux cas de figure.

Exposé rétrospectif de la situation

Une étude des condamnations pénales en lien avec le VIH/sida prononcées depuis 1990 met en évidence 36 cas au total, dans lesquels il s'agissait d'une (tentative de) transmission du VIH par contacts sexuels. À ce propos, il faut souligner que le nombre de condamnations a augmenté entre 2000 et 2004. Dans leur grande majorité, les rapports sexuels non protégés incriminés ont été librement consentis. Seuls trois cas de viol ou d'autres abus sexuels ont été constatés.

Dans la plupart des cas, les affaires qui sont jugées devant les tribunaux concernent des couples hétérosexuels sérodifférents qui, au début de leur relation, ont eu des rapports sexuels non protégés, les partenaires séronégatifs ignorant le statut sérologique de leur partenaire. De même, il arrive souvent que des nouveaux partenaires ne se disent pas la vérité sur leur statut sérologique alors que la question a été posée. D'un autre côté, des personnes ayant une relation stable n'avouent pas à leur partenaire une infidélité associée à un comportement à risque. Enfin, les condamnations sont également fréquentes lorsque la personne séropositive a révélé son statut sérologique à son partenaire et qu'ils ont ensemble des rapports sexuels non protégés en toute connaissance de cause. Dans ce cas, on constate régulièrement que le partenaire séropositif est seulement condamné pour violation de l'art. 231 CP, car le partenaire séronégatif, en ayant consenti à avoir des rapports sexuels non protégés, a fait disparaître l'infraction (de tentative) de lésions corporelles graves.

Depuis un arrêt du Tribunal fédéral rendu à l'été 2008, une personne qui ignore son statut sérologique peut être condamnée s'il apparaît qu'en ayant pris les dispositions nécessaires, elle aurait dû savoir qu'elle était séropositive.

Dans plus de la moitié des condamnations, il s'avère qu'il n'y a pas eu contamination par le VIH ou il n'a pas pu être prouvé que l'inculpé est bien à l'origine de la contamination par le VIH. Les inculpés ont alors été condamnés pour tentative de transmission du VIH.

Lorsqu'ils ont été reconnus coupables des deux infractions, les inculpés ont été condamnés à une peine privative de liberté de deux à quatre ans. Les auteurs d'une

tentative de transmission du VIH se sont vu infliger une peine comprise entre 18 mois et deux ans en moyenne.

Outre les peines privatives de liberté, les inculpés ont parfois aussi été tenus de payer aux victimes une indemnité en réparation du tort moral. Le montant de ces sommes varie fortement et a atteint dans un cas les 80 000 francs.

Comparaison à l'échelle internationale

Dans le classement des pays européens dont les tribunaux prononcent le plus de condamnations pénales pour transmission du VIH, la Suisse figure malheureusement dans le trio de tête, aux côtés de la Suède et de l'Autriche.

Le régime juridique suisse permet à une personne séropositive au VIH soit d'informer son partenaire sexuel de son statut sérologique, soit d'observer scrupuleusement les règles du *safer sex* préconisées par l'Office fédéral de la santé publique et l'Aide Suisse contre le Sida. Seule la personne séropositive est tenue de suivre ces règles. En effet, nul ne demandera des comptes à la personne séronégative, pas même à propos de l'infraction relative à la propagation d'une maladie de l'homme dangereuse. Toujours est-il que la jurisprudence en vigueur en Suisse permet de garder secret son statut sérologique sans encourir de sanctions pénales, à condition de suivre à la lettre les règles du *safer sex*.

En Allemagne également, est passible de sanctions pénales celui qui connaît sa séropositivité et a des rapports sexuels non protégés avec son partenaire sexuel, sans l'avoir préalablement informé de sa séropositivité. Il n'existe pas de statistiques sur le nombre de procédures pénales engagées, mais tout porte à croire que, proportionnellement à l'effectif de la population et à la prévalence du VIH, le nombre de condamnations y est nettement inférieur qu'en Suisse.¹ Il en est de même en France. La France compte bien 7,5 fois plus de personnes séropositives au VIH que la Suisse, et cependant plus de moitié moins de condamnations.² Les autres pays de l'Union européenne affichent des données similaires. La proportion de personnes condamnées par rapport au nombre de personnes séropositives au VIH y est nettement inférieure qu'en Suisse.

Contrairement au droit suisse, le droit suédois prévoit explicitement pour le partenaire séropositif une obligation d'information. En Suède, celui qui connaît sa séropositivité ne peut pas avoir de relations sexuelles – même protégées – s'il n'a pas préalablement informé son partenaire sexuel de son statut sérologique. La Suède ne prévoit pas non plus la possibilité d'accepter de courir le risque d'avoir des rapports sexuels non protégés. La loi dit certes qu'une personne peut consentir à avoir des rapports sexuels non protégés avec un partenaire séropositif au VIH, mais uniquement tant qu'il n'y pas contamination. Qui plus est, le droit suédois confère aux autorités la possibilité d'isoler une personne séropositive au VIH si elle représente un danger pour la collectivité.³

En Autriche, les personnes porteuses du VIH sont sanctionnées pénalement non seulement lorsqu'elles ont des rapports sexuels non protégés, mais également systématiquement après un contact sexuel protégé. La loi sanctionne la mise en danger d'autrui par des maladies transmissibles, qu'elle relève de la faute intentionnelle ou de la négligence. Chez notre voisin autrichien, les condamnations

¹ http://www.gnpplus.net/criminalisation/index.php?option=com_content&task=view&id=85&Itemid=42

² http://www.gnpplus.net/criminalisation/index.php?option=com_content&task=view&id=86&Itemid=42

³ http://www.gnpplus.net/criminalisation/index.php?option=com_content&task=view&id=58&Itemid=42

pénales concernent non seulement la transmission du VIH, mais également celle de la tuberculose et l'hépatite.⁴

Outre les condamnations habituelles pour transmission du VIH lors de rapports sexuels non protégés, il y a aussi des condamnations absurdes : ainsi cet homme séropositif au VIH qui a été condamné à Dallas à 35 ans de prison pour avoir craché sur un policier, ou cette immigrante, violée en Suède par deux hommes, mais n'ayant pas réussi à faire reconnaître le viol devant le tribunal, qui a été condamnée pour n'avoir pas informé les violeurs de son statut sérologique. Il n'y a pas que les juges américains ou suédois pour prononcer des jugements aberrants. Le tribunal de district de Zurich a obligé une prostituée à informer ses partenaires sexuels de sa séropositivité et à déclarer au tribunal toutes les personnes avec qui elle avait des relations sexuelles.

La position de l'ONUSIDA:

L'ONUSIDA, un programme commun des Nations Unies, incite, dans sa déclaration de principe, les gouvernements à limiter les condamnations aux cas de transmission effective et délibérée du virus. Il justifie sa position par le fait qu'il n'existe aucune donnée qui prouve que le recours à des règles pénales en cas de transmission du VIH soit un gage d'équité pénale ou puisse empêcher la transmission du VIH. L'ONUSIDA recommande aux gouvernements de ne pas adopter de dispositions pénales spécifiques au VIH mais plutôt d'appliquer les dispositions générales du droit pénal dans les cas de transmission intentionnelle, et de veiller à ce que le droit pénal général soit appliqué de façon appropriée dans les cas de transmission du VIH. Les gouvernements sont appelés à promouvoir les méthodes de prévention éprouvées, à encourager le conseil et le dépistage volontaire (VCT) pour les couples, à inciter les partenaires sexuels à se révéler mutuellement leur statut sérologique, ainsi qu'à introduire la notion éthique de notification du partenaire.⁵

Dix raisons de s'opposer à la criminalisation de la transmission du VIH

Dix raisons de s'opposer à la criminalisation du VIH est un document rédigé par un groupe d'auteurs de différents pays, avec le soutien d'un grand nombre d'organisations du monde entier, dont l'Aide Suisse contre le Sida.⁶ Le document a été traduit en cinq langues et est disponible à l'adresse suivante : www.soros.org

1. Criminaliser la transmission du VIH n'est justifié que si un individu a transmis volontairement ou malicieusement le VIH dans l'intention de porter préjudice.
2. Le recours au droit pénal en réponse à la transmission (potentielle ou effective) du VIH ne contribue pas à réduire la propagation du VIH.
3. Le recours au droit pénal comme réponse à la transmission du VIH nuit aux efforts de prévention du VIH.
4. Le recours au droit pénal en réponse à la transmission du VIH engendre la peur et la stigmatisation..
5. Plutôt que d'apporter la justice aux femmes, le recours au droit pénal en réponse à la transmission du VIH les rend vulnérables et les opprime davantage.

⁴ http://www.gnpplus.net/criminalisation/index.php?option=com_content&task=view&id=93&Itemid=42

⁵ http://data.unaids.org/pub/BaseDocument/2008/20080731_jc1513_policy_criminalization_en.pdf

⁶ Copyright ©2008 by the Open Society Institute. Tous droits réservés.

6. Les lois qui criminalisent la transmission du VIH sont rédigées et appliquées de manière trop large et punissent souvent des comportements qui ne sont pas répréhensibles.
7. Les lois criminalisant la transmission du VIH sont souvent appliquées de manière injuste, sélective et inefficace.
8. Les lois qui criminalisent la transmission (potentielle ou effective) du VIH passent outre aux vrais défis de la prévention du VIH.
9. Plutôt que d'adopter des lois criminalisant la transmission du VIH, les législateurs devraient réformer les lois qui nuisent à la prévention et au traitement du VIH.
10. Les réponses au VIH fondées sur les droits humains sont les plus efficaces.

Perspectives/Les défis de l'avenir

En annonçant publiquement, en février 2008, que les personnes séropositives au VIH suivant un traitement antirétroviral efficace ne transmettaient pas le VIH par voie sexuelle, la CFPS a initié un nouveau débat sur le plan international qui ne devrait pas manquer d'influencer les futures décisions de justice. Jusqu'alors, les tribunaux condamnaient des personnes porteuses du VIH pour tentative, même s'il n'y avait pas eu transmission effective du VIH. Néanmoins, une condamnation pour tentative suppose toujours que la personne inculpée a agi délibérément. Si une personne inculpée répond aux critères de la CFPS, elle n'est, selon ces éminents scientifiques, absolument pas en mesure de transmettre le virus HIV à un tiers : en l'espèce, il ne peut être question de transmission délibérée du VIH, et par conséquent une condamnation pour tentative est exclue. Un jugement très prometteur a été rendu en ce sens au printemps 2009 dans le canton de Genève.

Il manque toutefois encore un arrêt du Tribunal fédéral pour confirmer cette interprétation, si bien que pour l'heure, il faut espérer que d'autres tribunaux cantonaux s'aligneront sur la décision rendue dans le canton de Genève. Bien que, même pour les personnes séropositives au VIH qui ne suivent pas de traitement efficace, la probabilité de contaminer leur partenaire soit faible, les tribunaux ont jusqu'à présent toujours appliqué le principe de la tolérance zéro dans leurs jugements.

Parallèlement aux conséquences positives de la publication de la non-infectiosité des personnes séropositives au VIH sous traitement, il faut espérer pour l'avenir **que l'on abandonnera le recours à l'art. 231 CP en réponse à des cas de transmission du VIH**. Des projets en ce sens, qui présupposent dorénavant la malveillance, ont déjà été publiés dans le cadre de la procédure de consultation et sont actuellement en cours de réécriture. Les récents développements indiquent que les personnes séropositives au VIH ne seront bientôt plus condamnées pour (tentative de) transmission d'une grave maladie de l'homme. L'objectif est donc de dépénaliser à l'avenir les rapports sexuels non protégés mutuellement consentis.

FONDEMENTS JURIDIQUES

Le traitement pénal de la transmission du VIH :

Délits contre l'intégrité corporelle (art. 122 ss. CP)

En matière de protection de l'individu, on distingue principalement les infractions suivantes : les lésions corporelles simples et graves (art. 122 et 123 CP), le meurtre et l'assassinat (art. 111 et 112 CP). Sont applicables en cas de négligence les articles 117 et 125 CP. Selon un arrêt du Tribunal fédéral rendu en janvier 2000, les dispositions relatives au meurtre et à l'assassinat n'entrent plus guère en ligne de compte, car, du fait des thérapies actuelles, on ne peut plus établir de lien direct entre la transmission du VIH et la mort de la victime. S'agissant des délits contre la vie et l'intégrité corporelle, on peut envisager différents cas de figure qu'il convient d'examiner individuellement.

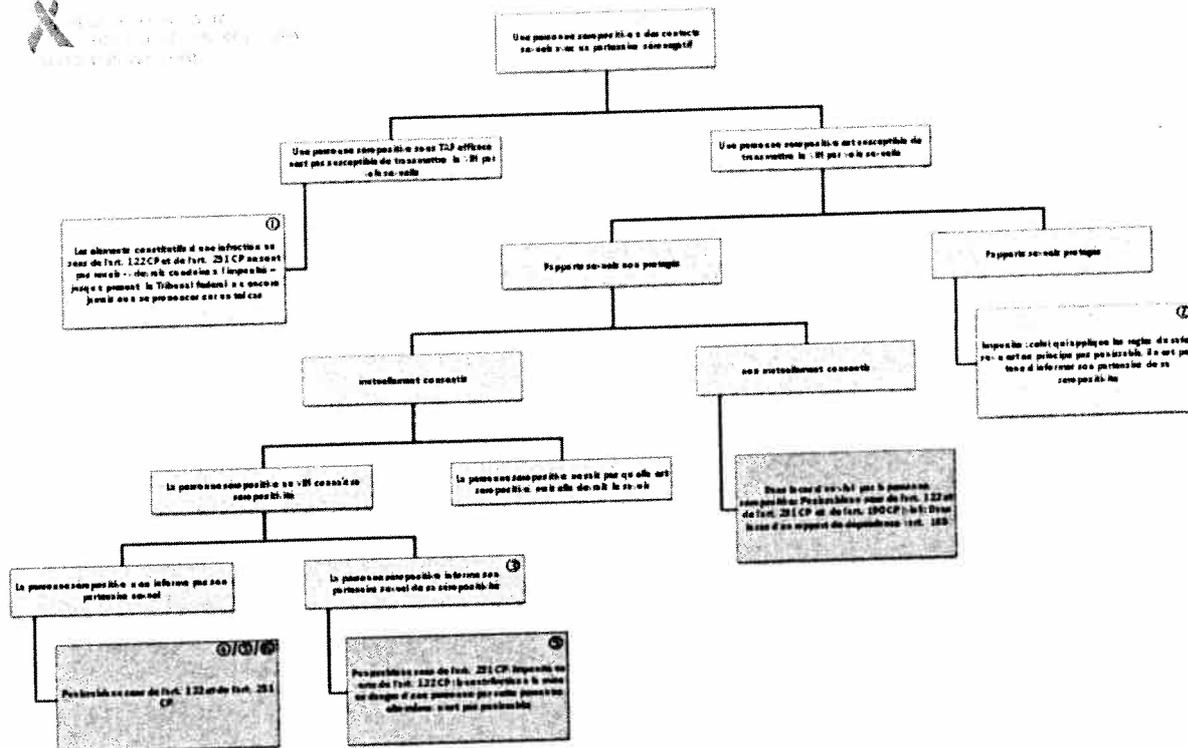
Délits contre l'intérêt général (art. 231 CP)

Aux termes de l'article 231 CP est punissable « celui qui, intentionnellement, aura propagé une maladie de l'homme dangereuse et transmissible ». Si l'auteur a agi « par bassesse de caractère », sa peine sera alourdie, alors qu'elle sera allégée s'il a agi « par négligence ».

Le consentement de la victime (p. ex. à des rapports sexuels non protégés) ne fait pas disparaître le délit, car l'article 231 CP protège non pas la victime mais la collectivité. Le délit est une infraction poursuivie d'office et ne requiert pas de plainte de la victime. Avant l'apparition du sida, l'article 231 CP n'a été appliqué qu'à une seule reprise, en 1947, dans un cas de transmission de blennorragie.



Aperçu de la situation juridique actuelle relative à la transmission du VIH



Octobre 2010

Tableau : Aperçu de la situation juridique actuelle relative à la transmission du VIH

Aperçu de la position de l'Aide Suisse contre le Sida

La partie ci-après présente le point de vue de l'Aide Suisse contre le Sida, et non pas la situation juridique ou la jurisprudence actuelles.

Personnes sous traitement

Lorsqu'une personne séropositive au VIH suit un traitement antirétroviral efficace et que sa charge virale est donc inférieure au seuil de détection depuis six mois, elle doit pouvoir, à juste titre, partir du principe qu'il n'y a pas de fait incriminable débouchant sur des poursuites et une condamnation. Du point de vue de l'Aide Suisse contre le Sida, son droit de préserver la confidentialité des informations la concernant prime sur l'obligation de révéler son statut sérologique à son/sa partenaire sexuel(le).

Rapports sexuels non protégés mutuellement consentis

Lorsque la transmission du VIH a lieu suite à un rapport sexuel non protégé mutuellement consenti, les deux partenaires sont coresponsables dans une même mesure. Ce serait une erreur de reporter toute la responsabilité sur le partenaire séropositif au VIH et de le condamner. C'est pourquoi il faut renoncer à engager des poursuites pénales.

Relations stables

Dans le cadre d'une relation stable, basée sur un accord clair (exprimé ou tacite) selon lequel aucun des partenaires initialement séronégatifs ne s'expose à une situation à risque, la personne séropositive au VIH peut être sanctionnée si elle n'informe pas

son/sa partenaire ou si elle n'impose pas des rapports sexuels protégés. Dans ces cas-là, il y a clairement abus de confiance à l'égard du partenaire, et une sanction pénale apparaît comme justifiée en cas de transmission effective du VIH.

Punissabilité de la tentative

Le système pénal suisse ne sanctionne une tentative d'infraction que si elle a été intentionnelle. Par conséquent, seul est punissable celui qui a voulu intentionnellement contaminer quelqu'un par le VIH. Jusqu'à présent, la jurisprudence a systématiquement supposé l'intention criminelle des inculpés, sans tenir compte du fait que la probabilité d'une contamination par le VIH en cas de rapports sexuels non protégés est faible. Dans la mesure où le VIH est difficilement transmissible (surtout chez les personnes suivant un traitement antirétroviral efficace), l'Aide Suisse contre le Sida considère que punir la tentative de transmission du VIH n'a pas de sens.

Propagation d'une maladie grave de l'homme

Le recours à l'article 231 CP en matière de transmission du HIV est une erreur. C'est la raison pour laquelle l'Aide Suisse contre le Sida salue les efforts de révision et espère que dans un proche avenir, cet article ne sera plus appliqué à des cas impliquant un contact sexuel non protégé entre deux personnes.

Transmission du VIH par usage de la violence ou par exploitation d'un rapport de dépendance

Selon l'ASS, les auteurs qui ont transmis le VIH en utilisant des moyens violents ou en exploitant un rapport de dépendance financière ou psychologique doivent être punis. Ce n'est pas tant la transmission du VIH qui doit être punie que le fait qu'elle a eu lieu dans des situations de dépendance ou de violence.

CAS DE FIGURE

A. LA PERSONNE SÉROPOSITIVE AU VIH QUI BÉNÉFICIE D'UN TAR EFFICACE N'EST PAS SUSCEPTIBLE DE TRANSMETTRE LE VIRUS PAR VOIE SEXUELLE (selon la déclaration de la CFPS)⁷

SITUATION 1:

La personne séropositive au VIH est sous TAR efficace, satisfait aux critères fixés par la déclaration de la CFPS et a des contacts sexuels non protégés avec son/sa partenaire.

Exemple :

Genève 2009 : Un homme est acquitté en deuxième instance. L'inculpé avait eu des contacts sexuels non protégés avec deux femmes, sans les avoir informées de sa séropositivité, mais en sachant parfaitement que sa charge virale était indétectable et que, par conséquent, il n'était pas contagieux. Contrairement au tribunal de première instance, la Chambre pénale de la Cour de Justice de Genève a suivi les nouvelles conclusions de la CFPS affirmant que lorsque la charge virale est indétectable, le VIH ne peut en principe pas être transmis par le biais de contacts sexuels.

Situation juridique :

⁷ Une personne séropositive ne souffrant d'aucune autre MST et suivant un traitement antirétroviral (TAR) avec une virémie entièrement supprimée (« TAR efficace ») ne transmet pas le VIH par voie sexuelle, c'est-à-dire qu'elle ne transmet pas le virus par le biais de *contacts sexuels*, à condition que : la personne séropositive applique le traitement antirétroviral à la lettre et soit suivie par un médecin traitant ; la charge virale (CV) se situe soit inférieure au seuil de détection depuis au moins six mois (autrement dit, la virémie doit être supprimée) ; la personne séropositive ne soit atteinte d'aucune autre infection sexuellement transmissible (MST).

Peu importe si la personne séropositive informe ou non son/sa partenaire de sa séropositivité : ni les critères objectifs ni les critères subjectifs constitutifs des infractions au sens des art. 231 CP et 122 CP ne sont ici réunis : en effet, si une personne n'est en aucun cas en mesure d'en infecter une autre, elle ne peut, en principe, pas non plus commettre des lésions corporelles graves ou propager une maladie de l'homme. La juridiction suprême n'a pas encore rendu d'arrêt en ce sens, et les jugements rendus à l'échelon cantonal ne font pas jurisprudence dans les autres cantons. En l'absence de faits nouveaux contradictoires, la juridiction suprême se ralliera vraisemblablement à l'interprétation de la Cour de Genève.

⇒ Probablement impunité. La La juridiction suprême n'ayant pas encore rendu d'arrêt en ce sens il existe une insécurité juridique en la matière.

Position de l'Aide Suisse contre le Sida :

Une personne séropositive bénéficiant d'un TAR efficace et dont la charge virale est indétectable n'est pas punissable si elle a des rapports sexuels non protégés avec son/sa partenaire. Elle n'est pas tenue d'en informer celui-ci/celle-ci La notion de «charge virale indétectable » est comparable à celles mentionnées dans les messages de prévention publiés par l'Office Fédéral de la Santé Publique (OFSP) et devrait en principe y être reprise sous cette forme, dans la mesure où les tribunaux se réfèrent régulièrement aux règles du safer sex de l'OFPS dans leurs décisions.

B. LA PERSONNE SÉROPOSITIVE AU VIH PEUT TRANSMETTRE LE VIRUS PAR VOIE SEXUELLE

Rapports sexuels mutuellement consentis

SITUATION 2 :

La personne séropositive connaît son statut sérologique et a des relations sexuelles protégées avec son/sa partenaire.

Exemple

Konolfingen 2007 : un homme ayant eu à plusieurs reprises des rapports sexuels oraux sans éjaculation avec un ami a été acquitté par le tribunal au motif que les pratiques sexuelles étaient conformes aux règles du *safer sex* préconisées par l'Office Fédéral de la Santé Publique.

Situation juridique

Celui qui applique les règles du *safer sex* édictées par l'Office Fédéral de la Santé Publique n'est pas punissable en Suisse, peu importe que la personne séropositive au VIH ait ou non informé son/sa partenaire de son statut sérologique. Elle n'a aucune obligation d'information à l'égard de son/sa partenaire. Le risque résiduel de transmettre le VIH est si faible qu'il en devient tolérable. Telle est la position défendue par le Tribunal fédéral.

⇒ Impunité

Variante : le préservatif est défaillant

Exemple

Saint Gall 1996 : un homme a été dépisté séropositif au VIH et son médecin lui a ordonné de toujours utiliser des préservatifs à l'avenir. Quelques temps plus tard, il a rencontré une femme avec qui il a entamé une relation. À sa question de savoir s'il était séropositif, il a répondu par la négative. Selon ses déclarations, ils ont connu par la suite, au cours de rapports sexuels protégés, des problèmes de préservatif. À l'occasion d'une grossesse, la femme a été dépistée séropositive. Le tribunal a condamné l'homme à trois ans de prison.

Après utilisation d'un préservatif défaillant, la situation change : une transmission du VIH est alors possible. Dans ce cas, la personne séropositive doit informer son/sa partenaire de sa séropositivité, afin que celui/celle-ci puisse consulter un médecin qui déterminera si une prophylaxie post-exposition (PPE) est indiquée et qui, si tel est le cas, débutera le traitement le plus rapidement possible (dans un délai de 72 heures).

⇒ En cas d'information du/de la partenaire après une défaillance du préservatif : impunité

⇒ En cas de défaut d'information du/de la partenaire après une défaillance du préservatif : Punissabilité pour lésions corporelles graves (art. 122 CP) et propagation de maladies de l'homme (art. 231 CP) – ou tentative s'il n'y a pas eu transmission.

Position de l'Aide Suisse contre le Sida

*Celui qui applique les règles du safer sex n'est pas punissable, même s'il n'a pas informé son/sa partenaire sexuel(le) de sa séropositivité au VIH.
Après une défaillance du préservatif, il faut toutefois informer le/la partenaire sexuel(le) du risque de contamination afin qu'il/elle puisse entreprendre le plus rapidement possible une prophylaxie post-exposition.*

SITUATION 3

La personne séropositive connaît son statut sérologique, en informe son/sa partenaire et a avec ce dernier/cette dernière des rapports sexuels non protégés.

Exemple

Zurich 2006 : une femme sous tutelle et titulaire d'une rente d'invalidité avait des rapports sexuels protégés et non protégés avec trois hommes. Tous étaient au courant de sa séropositivité et aucun d'eux n'a été contaminé par le VIH. L'inculpée a été condamnée à 12 mois d'emprisonnement pour de multiples tentatives de propagation de maladies de l'homme et faux témoignage. Le tribunal lui a en outre ordonné de déclarer au service cantonal d'exécution des peines de son domicile l'identité de toutes les personnes avec qui elle aurait à l'avenir des relations sexuelles, même protégées. La coresponsabilité des trois hommes n'a pas été prise en compte.

Situation juridique

La façon d'apprécier juridiquement le consentement (éclairé) d'un ou d'une partenaire à des relations sexuelles non protégées avec une personne séropositive a été longtemps controversée.

Le Tribunal fédéral a tranché cette question dans un arrêt en 2004. Lorsqu'un/une partenaire ayant suffisamment de discernement consent à avoir des relations sexuelles non protégées avec une personne dont il/elle sait qu'elle est séropositive, l'infraction de lésion corporelle grave ne peut en principe pas être retenue. Ces faits relèvent d'une contribution à la mise en danger d'une personne par cette personne elle-même, qui ne constitue pas une infraction punissable, car les deux partenaires en partagent la responsabilité dans une égale mesure. Il ne tient qu'à eux d'interrompre le rapport à temps ou d'utiliser un préservatif ou encore d'exiger que le partenaire en utilise un.

L'existence d'un consentement n'a toutefois aucune incidence sur l'infraction de propagation de maladies de l'homme. En effet, l'art. 231 CP sanctionne un délit contre la santé publique et protège ainsi non seulement des biens individuels, mais aussi les biens appartenant à un grand nombre de personnes.

⇒ Propagation de maladies de l'homme (art. 231 CP) – ou tentative, s'il n'y a pas eu transmission du virus

Position de l'Aide Suisse contre le Sida

Si les deux partenaires ont connaissance de la séropositivité de l'un/l'une des partenaires, l'abandon du préservatif ne devrait pas être sanctionné. Les deux partenaires ont conscience dans une égale mesure du risque qu'ils encourent en ayant des rapports sexuels non protégés.

SITUATION 4

La personne séropositive au VIH connaît son statut sérologique, n'en informe pas son/sa partenaire et a avec ce dernier/cette dernière des rapports sexuels non protégés

Exemple :

Zurich 2006 : une femme a eu à plusieurs reprises des rapports sexuels non protégés avec deux hommes sans les avoir informés de sa séropositivité. Elle a proposé un préservatif à l'un d'entre eux, qui l'a refusé. Elle a été reconnue coupable par la Cour suprême de plusieurs tentatives de lésions corporelles et de plusieurs tentatives de propagation d'une maladie de l'homme, ainsi que de deux autres infractions indépendantes des précédentes, et condamnée à deux ans et demi de prison. La Cour a rejeté la coresponsabilité des plaignants : « Le fait que les deux victimes ont agi de façon irresponsable ne minimise pas la faute de l'inculpée à qui il incombait l'obligation de les informer sur sa maladie. »

Situation juridique

Quelqu'un qui ne respecte pas les règles de prévention et qui contracte le VIH peut-il considérer que son/sa partenaire séropositif/-ive aurait dû l'en informer spontanément ? Une grande part de la doctrine, de même que la jurisprudence partent de ce postulat et font porter la responsabilité à la personne séropositive uniquement. La coresponsabilité des « victimes » est tout au plus envisagée comme motif pour alléger la peine. Jusqu'à maintenant, la jurisprudence n'a pas intégré le fait qu'aujourd'hui, chacun sait que les rapports sexuels non protégés comportent un risque de transmission du VIH, et elle nie le principe de la responsabilité partagée.

⇒ Punissabilité pour lésions corporelles graves (art. 122 CP) et propagation de maladies de l'homme (art. 231 CP) – ou tentative s'il n'y a pas eu transmission.

Position de l'Aide Suisse contre le Sida

En cas de rapports sexuels consentis entre partenaires égaux en droit, chacun est responsable de lui-même. Peu importe l'endroit où ces rapports ont lieu et si les conditions dans lesquelles ils se déroulent ont été définies de façon verbale ou non verbale. Celui qui nie ce principe fait porter la responsabilité à la seule personne dépistée séropositive. Une telle position conforte dans leur attitude précisément ceux qui ne se préoccupent ni de leur statut sérologique ni des règles de prévention (safer sex). Le fait de punir les personnes séropositives au VIH ne prévient en aucun cas la propagation du virus et n'est d'aucun intérêt ni pour le droit pénal ni pour la santé publique. C'est pourquoi il faut renoncer à engager des poursuites pénales.

SITUATION 5

La personne séropositive au VIH a une relation stable, connaît son statut sérologique, n'en informe pas son/sa partenaire régulier/lière et a avec celui-ci/celle-ci des rapports sexuels non protégés.

Exemple:

Lausanne 2005 : un homme a entamé une relation intime avec une femme avec laquelle il a des rapports sexuels protégés. Après plusieurs mois de relation, s'étant mutuellement

raconté leur passé, ils ont cessé d'utiliser des préservatifs. Quelque temps plus tard, la femme a été dépistée séropositive au VIH. Le tribunal a condamné l'homme à une peine privative de liberté de deux ans et demi et à verser à la femme une indemnité pour tort moral.

Situation juridique

Comme dans la situation 4, la personne séropositive est condamnée pour lésions corporelles graves et propagation d'une maladie grave de l'homme, ou tentative s'il n'y a pas eu transmission du virus. Lorsqu'ils fixent la peine, les tribunaux tiennent compte du fait qu'il s'agit d'une relation stable entraînant une responsabilité encore plus grande vis-à-vis du/de la partenaire. Qui plus est, dans ces cas-là, les tribunaux prononcent souvent des indemnités en réparation du tort moral.

⇒ Punissabilité pour lésions corporelles graves (art. 122 CP) et propagation de maladies de l'homme (art. 231 CP) – ou tentative s'il n'y a pas eu transmission.

Position de l'Aide Suisse contre le Sida

Si, après avoir effectué ensemble un test de dépistage du VIH pour s'assurer de leur séronégativité, les deux partenaires d'un couple conviennent d'un commun accord de ne pas avoir de rapports sexuels non protégés en dehors de cette relation et si, sur la base de cet accord, les deux partenaires ont entre eux des rapports sexuels non protégés, chacun d'entre eux devrait pouvoir compter sur l'autre pour l'informer d'un rapport sexuel non protégé en dehors du couple. Une condamnation pénale peut parfois être envisagée si la personne séropositive n'a pas informé son/sa partenaire qu'elle avait eu un rapport sexuel non protégé avec un tiers et si elle a effectivement transmis le VIH à son/sa partenaire.

SITUATION 6

La personne séropositive connaît son statut sérologique, affirme à son/sa partenaire qu'elle est séronégative et a avec ce dernier/cette dernière des rapports sexuels non protégés.

Exemple

Zurich 2005 : un homme entame une relation avec une femme. Bien que sachant depuis quelques années qu'il était séropositif au VIH, il lui a expressément affirmé être séronégatif. Ils ont eu par la suite des rapports sexuels non protégés, au cours desquels il n'y a cependant pas eu transmission du VIH. L'homme a été reconnu coupable de tentatives répétées de lésions corporelles graves et d'autres infractions non liées à la transmission du VIH et condamné à 3 ans de prison. Le tribunal n'a pas tenu compte du fait que l'homme suivait depuis plusieurs années un traitement antirétroviral, mais il convient de souligner à ce propos que le jugement a été rendu quelques années avant la déclaration de la CFPS.

Situation juridique

Juridiquement, la réponse fautive à la question sur le statut sérologique est un simple mensonge, car sans preuve, le/la partenaire ne peut pas savoir avec certitude que la réponse est bien le reflet de la vérité. En revanche, falsifier le résultat d'un test de dépistage du VIH relèverait du faux, car l'on aurait alors recours à un certain nombre de moyens pour suggérer un fait erroné que l'autre n'a aucune raison de mettre en doute.

⇒ Punissabilité pour lésions corporelles graves (art. 122 CP) et propagation de maladies de l'homme (art. 231 CP) – ou tentative s'il n'y a pas eu transmission ; plus éventuellement punissabilité pour tromperie/faux (251/252 CP).

Position de l'Aide Suisse contre le Sida

En cas de rapports sexuels en dehors d'une relation stable, la responsabilité ne peut pas uniquement reposer sur la personne séropositive. Même si le/la partenaire séronégatif/tive demande expressément à l'autre personne si elle est séropositive, il/elle doit toujours être conscient(e) que la réponse de son/sa partenaire n'est pas nécessairement le reflet de la vérité. S'enquérir simplement du statut sérologique ne remplace pas la prévention et personne ne peut ainsi se soustraire à sa responsabilité envers lui-même. Celui qui n'apporte pas une réponse véridique à la question du/de la partenaire relative à une éventuelle infection par le VIH avant un nouveau contact sexuel non protégé agit peut-être de manière répréhensible. Mais engager des poursuites pénales n'est pas la réponse adéquate.

En outre, il faut songer que le fait de révéler sa séropositivité peut avoir beaucoup de conséquences négatives. Aussi longtemps que des personnes porteuses du VIH seront stigmatisées et feront l'objet de discriminations, il ne faudra pas s'étonner de voir quelqu'un user d'un mensonge de circonstance par crainte de l'exclusion.

KONSTELLATION 7

La personne séropositive au VIH ignore son statut sérologique et a des rapports sexuels non protégés. Elle transmet le virus à son/sa partenaire.

Exemple :

Zurich 2006 : un homme ayant eu à plusieurs reprises des rapports sexuels non protégés avec une partenaire occasionnelle l'a contaminée par le VIH, sans savoir qu'il était séropositif. Dans les années qui ont précédé sa rencontre avec cette femme, il avait eu des rapports sexuels non protégés avec plusieurs autres femmes. L'une d'entre elles l'avait informé par la suite qu'elle était séropositive (mais ce n'est pas elle qui l'a contaminé). Il avait pourtant négligé de se soumettre à un test de dépistage. Dans ses attendus, le Tribunal fédéral a estimé que l'homme connaissait le risque auquel il s'exposait en ayant des rapports sexuels non protégés et qu'il savait comment s'en prémunir. Bien que cela soit également valable pour la partenaire occasionnelle, le Tribunal fédéral a fait porter la responsabilité uniquement sur l'homme et l'a condamné pour lésions corporelles graves par négligence et transmission de maladies graves de l'homme par négligence.

Situation juridique :

Dans le passé, les cas de transmission du VIH n'étaient punis que lorsque leur auteur se savait infecté par le VIH et, bien que connaissant le risque de transmission, avait avec son/sa partenaire des rapports sexuels non protégés. En rendant l'arrêt susvisé, le Tribunal fédéral a pour la première fois prononcé coupable une personne pour propagation du VIH par négligence.

Reste à savoir quel élément d'information concret le Tribunal peut invoquer pour affirmer qu'il y a négligence. Dans le cas présent, il s'agissait de la connaissance du statut sérologique d'une ancienne partenaire sexuelle. Ou l'origine sociale ou géographique (pays à forte prévalence du VIH) du/ de la partenaire sexuel(le) ?

Celui qui ignore sa séropositivité, mais pourrait ne pas l'ignorer, est susceptible d'être condamné pour lésions corporelles graves par négligence et propagation de maladies de l'homme par négligence.

⇒ Punissabilité pour lésions corporelles graves par négligence (art. 122 CP) et propagation de maladies de l'homme par négligence (art. 231 al. 2 CP).

Position de l'Aide Suisse contre le Sida :

En cas de relations non stables donnant lieu à des rapports sexuels non protégés, il est naïf de croire que le ou la partenaire se protège lorsqu'elle a des rapports sexuels avec d'autres partenaires. Celui qui accepte les rapports sexuels non protégés ne doit pas compter sur la séronégativité du/de la partenaire. C'est pourquoi il faut renoncer aux sanctions pénales.

SITUATION 8

La personne séropositive ignore qu'elle est séropositive et a des rapports sexuels non protégés. Néanmoins, le/la partenaire n'est pas contaminé) par le VIH.

Situation juridique:

Étant donné que dans la tentative de lésions corporelles graves ou de propagation de maladies graves de l'homme, la négligence est écartée, la négligence ne peut être sanctionnée que s'il y a effectivement eu transmission du VIH.

⇒ **Impunité, dans la mesure où, par définition, on ne peut pas commettre une tentative par négligence**

Rapports sexuels non mutuellement consentis

SITUATION 9

Lorsque les rapports sexuels ne sont pas mutuellement consentis, il y a lieu de distinguer le cas où la victime est la personne séropositive de celui où la victime est la personne séronégative.

- 1. La personne séropositive est la victime du rapport sexuel non consenti ; elle est violée par la personne séronégative ou elle a avec la personne séronégative un rapport de dépendance financière ou psychique, et les rapports sexuels ont lieu sans protection.**

Exemple

Zurich 2005 : un homme avait régulièrement des rapports sexuels non protégés, avec violence directe ou indirecte, avec une femme au discernement altéré dont il ignorait qu'elle était séropositive. En raison d'une dépendance psychique, la femme est néanmoins restée en couple avec l'homme. Le tribunal a reconnu que l'on ne pouvait reprocher à la femme séropositive les rapports sexuels non protégés obtenus par la violence, en raison de l'absence de pouvoir d'action. Cependant, dans la mesure où la femme a également eu des rapports sexuels non protégés consentis, et bien que cela ait été avec d'autres hommes, elle a tout de même été condamnée.

Situation juridique :

Lorsqu'il y a eu viol, la personne séropositive est très clairement impunie. Dans le cas d'un rapport de dépendance, la situation est moins tranchée, comme le montre l'exemple ci-dessus. Il convient de savoir si la personne séropositive avait ou non le pouvoir d'agir. Dans l'exemple cité, s'agissant de l'usage de la violence, la réponse est non, alors que dans les autres cas, la réponse est oui, et ce, même si d'après les faits, il s'agissait manifestement d'un rapport de dépendance. Jusqu'à présent, les tribunaux en ont tout au plus tenu compte pour fixer les peines qu'ils ont prononcées.

⇒ **Impunité dans le cas d'un viol**

⇒ **Punissabilité pour lésions corporelles graves (art. 122 CP) et propagation de maladies de l'homme (art. 231 CP) si la personne séropositive avait le pouvoir d'agir en dépit du rapport de dépendance - ou pour tentative s'il n'y a pas eu transmission du virus.**

⇒ **Impunité si la personne séropositive n'avait pas le pouvoir d'agir du fait du rapport de dépendance**

Position de l'Aide Suisse contre le Sida

Celui qui exploite un rapport de dépendance pour imposer des rapports sexuels non protégés partage la responsabilité d'une transmission du VIH. Les hommes fréquentant des prostituées, par exemple, doivent être conscients qu'avoir des rapports sexuels non protégés constitue une situation à risque. Celui qui impose malgré tout des rapports sexuels non protégés agit avec une négligence particulièrement caractérisée et accepte ainsi le risque de contracter le VIH. Si la personne séropositive est dépendante de son/sa partenaire sexuel(le) et si ce dernier/cette dernière impose un rapport sexuel non protégé, la personne séropositive ne doit pas être punie.

- 2. La personne séronégative est la victime du contact sexuel non consenti ; elle est violée sans préservatif par la personne séropositive ou elle a avec la personne séropositive un rapport de dépendance financière ou psychique, et les rapports sexuels ont lieu sans protection.**

Études de cas

Yverdon 2004 : un homme séropositif de 33 ans a été condamné par le tribunal pénal à huit ans de prison pour avoir par deux fois contraint des femmes à avoir des rapports sexuels avec lui sans utiliser de préservatifs, bien qu'il eût connaissance de sa séropositivité. Sa faute a été qualifiée d'extrêmement grave. Selon le tribunal, il a commis ses actes sans aucune compassion ni remords.

Situation juridique

Dans la mesure où un viol est toujours un acte commis contre le gré de la victime, un violeur séropositif n'utilisant pas de préservatif est en outre punissable pour lésions corporelles et transmission de maladies de l'homme.

Il y a dépendance lorsque l'on n'est pas en mesure de s'opposer à la volonté de l'autre. Dans ce cas, les victimes n'ont pas des rapports sexuels de leur plein gré, mais elles y sont contraintes du fait du rapport de dépendance. Les peines prononcées en la matière révèlent que les tribunaux tiennent compte de cet aspect des faits.

⇒ Dans le cas d'un viol : punissabilité pour viol (art. 190 CP), lésions corporelles graves (art. 122 CP) et propagation de maladies de l'homme (art. 231 CP) - ou tentative concernant les deux dernières infractions s'il n'y a pas eu transmission du virus.

⇒ Dans le cas d'un rapport de dépendance : punissabilité pour abus de détresse (art. 193 CP), lésions corporelles graves (art. 122 CP) et propagation de maladies de l'homme (art. 231 CP) - ou tentative concernant les deux dernières infractions s'il n'y a pas eu transmission du virus

Position de l'ASS

Un viol est un crime très grave qui doit par conséquent être sévèrement puni. Si l'auteur du viol savait qu'il mettrait la victime en danger et qu'il a accepté cette possibilité, il peut en outre être puni pour (tentative de) transmission du VIH.

Si la personne séropositive exploite sexuellement un rapport de dépendance et commet à cette occasion une (tentative de) transmission du VIH, l'auteur encourt une sanction pénale.

CAS SPÉCIAUX

- A. Transmission intentionnelle de l'infection à VIH (« desperados »)

Dans des cas probablement extrêmement rares, une personne séropositive a des rapports sexuels non protégés avec un/une partenaire dans l'intention délibérée de

le/la contaminer par le VIH. Il s'agit de cas qualifiés de « desperados ». Sont également à classer dans cette catégorie les cas dans lesquels on injecte délibérément du sang contenant le VIH à une personne. Juridiquement, ces cas tombent sous le coup des art. 122 CP et 231 CP, mais la peine peut être alourdie si la bassesse de caractère est avérée.

Position de l'Aide Suisse contre le Sida :

Celui qui, dans l'intention délibérée de transmettre le VIH, a avec un tiers des rapports sexuels non protégés ou lui administre une injection dont il sait qu'elle contient du sang contaminé par le VIH doit être puni.

B. Échange de seringues entre toxicomanes par voie intraveineuse

Si un toxicomane par voie intraveineuse séropositif au VIH donne sa seringue à un tiers, il peut transmettre le VIH. Sur le plan juridique, il s'agit soit d'une lésion corporelle grave par négligence s'il y a transmission du virus et si la personne ignore sa séropositivité ou laisse traîner sa seringue, soit d'une (tentative de) lésion corporelle grave et d'une (tentative de) propagation de maladies de l'homme si la personne sait qu'elle est séropositive et qu'elle donne sa seringue à une autre personne.

Position de l'Aide Suisse contre le Sida :

Dans le cas de l'échange de seringues entre toxicomanes, une sanction pénale n'est pas appropriée. Généralement, les toxicomanes s'échangent les seringues car ils n'ont pas suffisamment de seringues propres à leur disposition. C'est pourquoi, plutôt que de les criminaliser davantage, il est plus judicieux de faire en sorte que les toxicomanes puissent disposer de seringues propres en quantités suffisantes.

C. Punissabilité d'un médecin pour défaut d'information

Lorsqu'un médecin sait qu'un/une patient(e) a des rapports sexuels non protégés avec son/sa partenaire et qu'il /elle peut transmettre le virus par voie sexuelle, il est pris entre deux obligations contradictoires : d'une part, le médecin est lié par le secret professionnel (art. 321 CP), et d'autre part, il est tenu d'empêcher d'éventuelles transmissions. Néanmoins, il n'est tenu à cette obligation que si le/la partenaire est également un/une de ses patient(e)s (en vertu de sa responsabilité). Dans ces cas-là, les médecins peuvent se faire relever de leur obligation au secret professionnel par leur autorité supérieure.

Position de l'Aide Suisse contre le Sida :

Le médecin doit tout d'abord faire en sorte que le/la patient(e) applique dorénavant toujours les règles du safer sex. Si ce dernier/cette dernière s'y refuse, en dépit de toutes les tentatives menées pour le/la convaincre, le médecin doit l'informer qu'il va faire lever le secret médical. Si le/la patiente campe sur ses positions, le médecin peut en faire la demande. Une fois relevé du secret professionnel, le médecin peut informer le/la partenaire. Cette information devrait absolument être divulguée dans le cadre d'un entretien personnel auquel le/la partenaire séropositif/tive serait, si possible, convié(e).

D. Punissabilité d'un/une intervenant(e) engagé(e) dans le domaine du conseil pour défaut d'information

Si un collaborateur/une collaboratrice d'un service de consultation (p. ex. une antenne régionale de l'ASS) conseille une personne séropositive et apprend que celle-ci a des rapports sexuels non protégés avec son/sa partenaire sans l'avoir informé de sa séropositivité, l'intervenant(e) est confronté(e) à un dilemme. Si il/elle

n'entreprend rien, la personne risque de transmettre le VIH à son/sa partenaire. Si l'intervenant(e) informe le/la partenaire, elle viole le secret professionnel et détruit la relation de confiance avec le/la client(e). Sur le plan juridique, l'intervenant(e) peut tout au plus être condamné(e) pour complicité par négligence, mais uniquement, si elle a un lien particulier avec la victime (responsabilité).

Position de l'Aide Suisse contre le Sida :

Un/une intervenante engagée dans le domaine du conseil devrait rendre la personne séropositive attentive au fait que, de par son comportement, elle risque de transmettre le VIH et d'en être punie, et consigner cela dans une note. L'intervenant(e) devrait à tout prix essayer d'amener la personne séropositive à révéler de son plein gré sa séropositivité à son/sa partenaire.

Sources

Législation

Article 22 du Code pénal : Punissabilité de la tentative

1. Le juge peut atténuer la peine si l'exécution d'un crime ou d'un délit n'est pas poursuivie jusqu'à son terme ou que le résultat nécessaire à la consommation de l'infraction ne se produit pas ou ne pouvait pas se produire.
2. L'auteur n'est pas punissable si, par grave défaut d'intelligence, il ne s'est pas rendu compte que la consommation de l'infraction était absolument impossible en raison de la nature de l'objet visé ou du moyen utilisé..

Article 122 du Code pénal : Lésions corporelles graves

Celui qui, intentionnellement, aura blessé une personne de façon à mettre sa vie en danger, celui qui, intentionnellement, aura mutilé le corps d'une personne, un de ses membres ou un de ses organes importants ou causé à une personne une incapacité de travail, une infirmité ou une maladie mentale permanentes, ou aura défiguré une personne d'une façon grave et permanente,

celui qui, intentionnellement, aura fait subir à une personne toute autre atteinte grave à l'intégrité corporelle ou à la santé physique ou mentale, sera puni d'une peine privative de liberté de dix ans au plus ou d'une peine pécuniaire de 180 jours-amende au moins

Article 231 du Code pénal : Propagation de maladies graves de l'homme

1. Celui qui, intentionnellement, aura propagé une maladie de l'homme dangereuse et transmissible sera puni d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire de 30 jours amende au moins.

La peine sera une peine privative de liberté de un à cinq ans si le délinquant a agi par bassesse de caractère.

2. La peine sera une peine privative de liberté de trois ans au plus ou une peine pécuniaire si le délinquant a agi par négligence.

Article 321 du Code pénal : Violation du secret professionnel

1. Les ecclésiastiques, avocats, défenseurs en justice, notaires, contrôleurs astreints au secret professionnel en vertu du code des obligations, médecins, dentistes, pharmaciens, sages-femmes, ainsi que leurs auxiliaires, qui auront révélé un secret à eux confié en vertu de leur profession ou dont ils avaient eu connaissance dans l'exercice de celle-ci, seront, sur plainte, punis d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

Seront punis de la même peine les étudiants qui auront révélé un secret dont ils avaient eu connaissance à l'occasion de leurs études.

La révélation demeure punissable alors même que le détenteur du secret n'exerce plus sa profession ou qu'il a achevé ses études.

2. La révélation ne sera pas punissable si elle a été faite avec le consentement de l'intéressé ou si, sur la proposition du détenteur du secret, l'autorité supérieure ou l'autorité de surveillance l'a autorisée par écrit.
3. Demeurent réservées les dispositions de la législation fédérale et cantonale statuant une obligation de renseigner une autorité ou de témoigner en justice.

Jurisprudence

(dans l'ordre des situations exposées)

- Cour de Justice, Genève : arrêt de la Chambre pénale du 23 février 2009 (Situation 1, exemple)
- Bezirksgericht Bischofszell TG : jugement du 14 juin 1996 (Situation 2, exemple 2)
- Amtsgericht, Konolfingen BE : jugement du 5 décembre 2007 (Situation 2, exemple 1)
- Bezirksgericht de Zurich ZH : jugement du 5 mars 2006 (DG050473) (Situation 3, exemple et situation 9, exemple 1)
- Tribunal fédéral, arrêt du 27 octobre 2004 (BGE 131 IV 1) (Situation 3, situation juridique, contribution à la mise en danger d'une personne par cette personne elle-même)
- Obergericht du canton de Zurich ZH : arrêt du 21 mars 2006 (SE050029) (Situation 4, exemple)
- Bundesgericht, arrêt du 11 juin 2006 (6P.111/2006) (Situation 5, exemple)
- Obergericht du canton de Zurich ZH : arrêt du 13 juin 2005 (SE05005) (Situation 6, exemple)

- Tribunal fédéral, arrêt du 13 juin 2008 (BGE 6B_235/2007)
(Situation 7, exemple)
- Bezirksgericht Zurich ZH : jugement du 5 mars 2006 (DG050473)
(Situation 9, exemple 1 et situation 3)
- Tribunal Correctionnel Yverdon VD : jugement du 20 avril 2004 (114/2003)
(Situation 9, exemple 2)

Études et articles

BACHMANN Dominik : Bundesgericht verschärft Praxis bei der Bestrafung der Übertragung des HI-Virus : Jusletter vom 24. November 2008. Editions Weblaw AG, Bern.

BEGLINGER Fridolin : Basler Kommentar Strafrecht II, Kommentar zu Art. 231, 2. Auflage, Basel 2007.

NIGGLI Marcel Alexander : Gutachten betreffend die Frage: „Ist eine Änderung von Art. 231 StGB (Verbreiten menschlicher Krankheiten) angezeigt?“, Bern 2007.

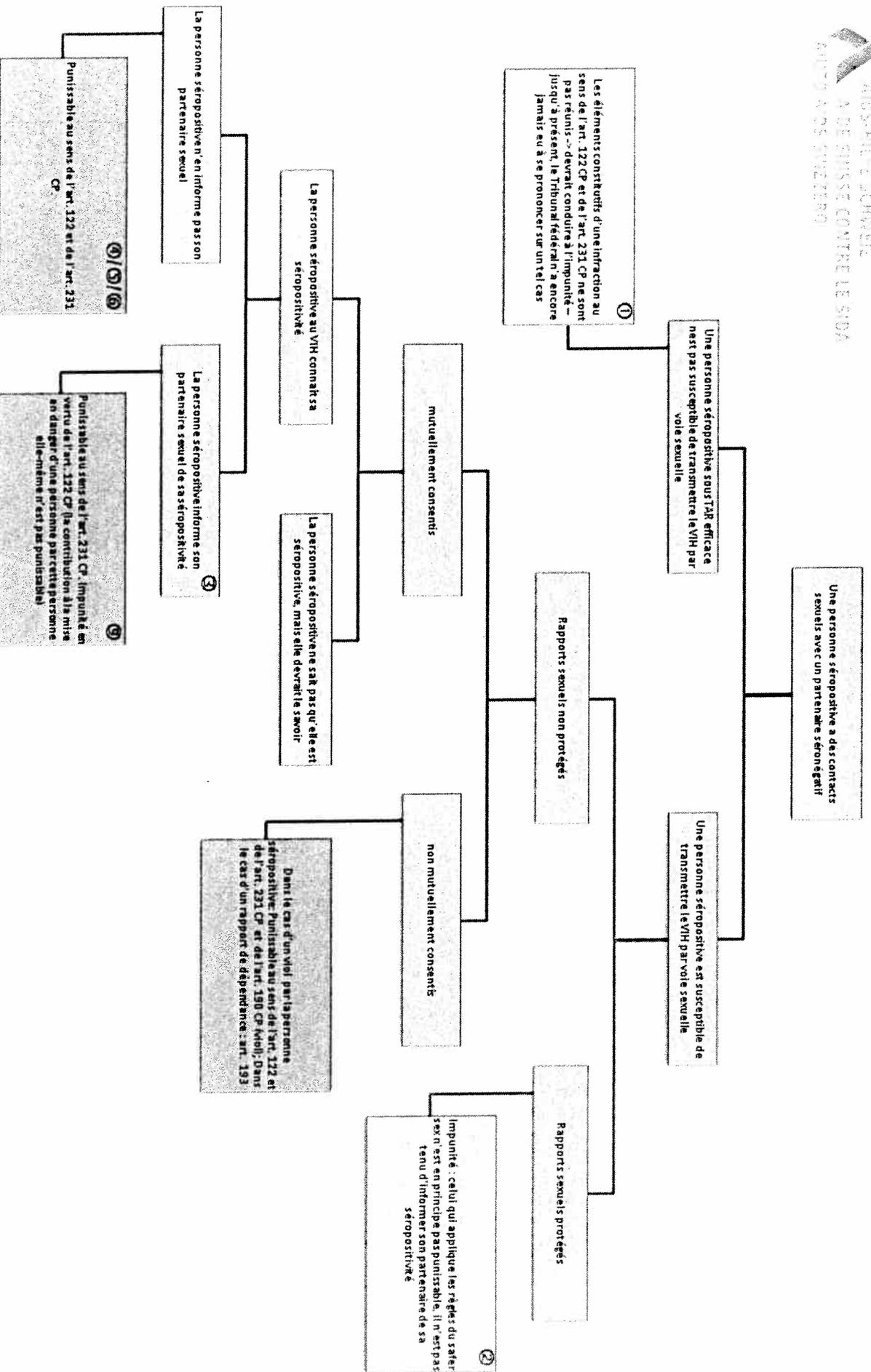
PÄRLI Kurt, MÖSCH PAYOT Peter : Strafrechtlicher Umgang bei HIV/Aids in der Schweiz im Lichte der Anliegen der HIV/Aids-Prävention: Status quo, Reflexion, Folgerungen, Schlussbericht an den Schweizerischen Nationalfonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung, Bern/Olten/Winterthur 2009.

PÄRLI Kurt, MÖSCH PAYOT Peter : Strafrechtlicher Umgang mit HIV/Aids in der Schweiz im Lichte der Anliegen der HIV/Aids-Prävention: Status quo, Reflexion, Folgerungen: AJP/PJA 10/2009, p. 1261 ss et p. 1288 ss.

ONUSIDA : Criminalisation de la transmission du VIH – Politique générale, Genève 2008 (en anglais).

VERNAZZA Pietro, HIRSCHER Bernard, BERNASCONI Enas, FLEPP Markus, Commission fédérale pour les problèmes liés au sida (CFS)/Commission d'experts clinique et thérapie VIH et sida de l'Office fédéral de la santé publique (OFSP) : Les personnes séropositives ne souffrant d'aucune autre MST et suivant un traitement antirétroviral efficace ne transmettent pas le VIH par voie sexuelle. Bulletin des médecins suisses ; 89 : 5, p. 165 ss.

Aperçu de la situation juridique actuelle relative à la transmission du VIH



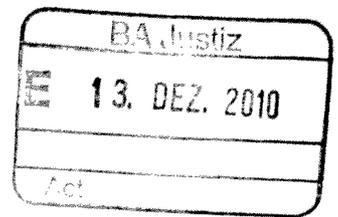
Liste des abréviations

al.	alinéa
JPA	Aktuelle Juristische Praxis, Dike Verlag AG, Zürich
art.	article
Sida	<i>syndrome d'immunodéficience acquise</i>
OFSP	<i>Office fédéral de la santé publique</i>
CFPS	<i>Commission fédérale pour les problèmes liés au sida</i>
VIH	<i>virus de l'immunodéficience humaine</i>
PPE	<i>prophylaxie post-exposition</i>
CP	<i>Code pénal suisse du 18 avril 1999</i>

Prof. Dr. Marcel Alexander Niggli



12



Lehrstuhl für Strafrecht und Rechtsphilosophie
Beauregard 13
1700 - FREIBURG

EINSCHREIBEN
Bundesamt für Justiz
z.H. Herrn B. Stadelmann
Vizedirektor
Bundesrain 20
CH-3003 Bern

Freiburg, 10. Dezember 2010



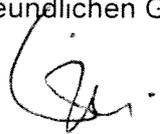
**Vernehmlassung zum BG über die Harmonisierung der Strafrahmen
im Strafgesetzbuch, Militärstrafgesetz und im Nebenstrafrecht**

Sehr geehrter Herr Stadelmann

In der Beilage senden wir Ihnen gerne unsere Stellungnahme in rubriziertem Vernehmlassungsverfahren.

Besten Dank für Ihre Kenntnisnahme.

Mit freundlichen Grüssen



Prof. Dr. M. A. Niggli



RA Stefan Maeder



MLaw Nadine Hagenstein

Beilage: erwähnt.

Vernehmlassung

zum Bundesgesetz über die

Harmonisierung der Strafraumen im Strafgesetzbuch, im Militärstrafgesetz und im Nebenstrafrecht

Sehr geehrte Damen und Herren

Am 8. September 2010 wurde die oben erwähnte Vorlage in die Vernehmlassung geschickt. Gerne nehmen wir die Möglichkeit wahr, im Folgenden dazu Stellung zu nehmen, wobei sich unsere Anmerkungen aufgrund des Umfangs auf die Änderungen im StGB beschränken. Das Gesagte gilt allerdings analog für das MStG und das Nebenstrafrecht.¹

Inhaltsverzeichnis

I. Keine „Harmonisierung“ sondern Totalrevision des BT StGB.....	4
II. Zum Revisionsvorhaben im Allgemeinen.....	5
1. Kriminalpolitische Gründe, oder: Was unter Strafrecht verstanden wird.....	5
2. Lust auf mehr Strafe	7
A. Medien, Politik und Einstellungen der Bevölkerung.....	8
B. Strafzwecke, insbesondere Abschreckung.....	9
3. Verwendung statistischer Daten bei der Begründung von Strafschärfung	11
4. Verwendung statistischer Daten bei der Begründung von Streichungen von Strafbestimmungen.....	12
5. Kriminologische Erkenntnisse	12
A. Keine Zunahme der Kriminalität im Kernstrafrecht.....	12
B. Abnehmende Rückfälle	13
C. Schlussfolgerungen	14
6. Rechtsgüter und „Richtiger“ Rechtsgüterschutz?	14
7. Anpassungen von Mindeststrafen – Nicht systematisch, sondern punktuell	16
8. Rechtsvergleichung	18
9. Hinwendung zu einem Erfolgsstrafrecht.....	18
10. Unzufriedenheit und Misstrauen gegenüber den Gerichten.....	20
A. Strafraumen.....	20
B. Gerichtliches Ermessen.....	21
11. Aufhebung von Strafnormen	22
12. Revision des Sanktionensystems	26
III. Zu den einzelnen Bestimmungen.....	27
1. Ad Art. 116 StGB Kindestötung.....	27
2. Ad Art. 117 StGB Fahrlässige Tötung.....	29
3. Ad Art. 122 Schwere Körperverletzung	30
4. Ad Art. 123 Ziff. 1 Abs. 2 Einfache Körperverletzung	32
5. Ad Art. 125 Abs. 2 Fahrlässige schwere Körperverletzung.....	32
6. Ad Art. 128 ^{bis} Falscher Alarm.....	34
7. Ad Art. 129 Gefährdung des Lebens.....	34
8. Ad Art. 133 Abs. 1 Raufhandel.....	34
9. Ad Art. 135 Gewaltdarstellungen.....	35
10. Ad Art. 139 Ziff. 2 und 3 Diebstahl.....	36

¹ Artikel, auf die nachfolgend Bezug genommen wird, sind jeweils Normen des StGB, sofern nicht anderweitig angegeben. Allgemeine verwendete Literatur: M. A. NIGGLI/H. WIPRÄCHTIGER (Hrsg.): Kommentar zum Strafgesetzbuch (StGB), Basler Kommentar, 2. Aufl., Basel 2007 wird jeweils wie folgt zitiert: BSK StGB²-BEARBEITER. STEFAN TRECHSEL ET AL., Schweizerisches Strafgesetzbuch Praxiskommentar, Zürich/St. Gallen 2008 wird jeweils wie folgt zitiert: TRECHSEL ET AL., Praxiskommentar.

11. Ad Art. 140 Ziff. 1 Abs. 1 Ziff. 2-4 Raub	37
12. Ad Art. 143 ^{bis} Unbefugtes Eindringen in ein Datenverarbeitungssystem	38
13. Ad Art. 144 Abs. 3 Sachbeschädigung	39
14. Ad Art. 144 ^{bis} Ziff. 1 Abs. 2 und Ziff. 2 Abs. 2 Datenbeschädigung	39
15. Ad Art. 146 Abs. 2 Betrug	40
16. Ad Art. 147 Abs. 2 Betrügerischer Missbrauch einer Datenverarbeitungsanlage	40
17. Ad Art. 148 Abs. 2 Check- und Kreditkartenmissbrauch	40
18. Ad Art. 150 ^{bis} Herstellen und Inverkehrbringen von Materialien zur unbefugten Entschlüsselung codierter Angebote	40
19. Ad Art. 153 Unwahre Angaben gegenüber Handelsregisterbehörden	41
20. Ad Art. 155 Ziff. 2 Warenfälschung	42
21. Ad Art. 156 Ziff. 2 Erpressung	42
22. Ad Art. 157 Ziff. 2 Wucher	42
23. Ad Art. 158 Ziff. 1 Abs. 3 Ungetreue Geschäftsbesorgung	42
24. Ad Art. 160 Ziff. 2 Hehlerei	43
25. Ad Art. 168 Bestechung bei Zwangsvollstreckung	43
26. Ad Art. 171 Abs. 2 Gerichtlicher Nachlassvertrag	43
27. Ad Art. 171 ^{bis} Widerruf des Konkurses	44
28. Ad Art. 172 ^{bis} Verbindung von Freiheitsstrafe mit Geldstrafe	45
29. Ad Art. 173 Ziff. 5 Üble Nachrede	45
30. Ad Art. 174 Ziff. 2 und 3 Verleumdung	45
31. Ad Art. 177 Beschimpfung	45
32. Ad Art. 178 Verjährung	46
33. Ad Art. 179 Verletzung des Schriftgeheimnisses	47
34. Ad Art. 179 ^{ter} Abs. 2 Unbefugte Aufnahmen von Gesprächen	47
35. Ad Art. 179 ^{quinquies} Abs. 2 Nicht strafbare Aufnahmen	47
36. Ad Art. 179 ^{septies} Missbrauch einer Fernmeldeanlage	48
37. Ad Art. 179 ^{octies} Abs. 1 Amtliche Überwachung, Strafflosigkeit	48
38. Ad Art. 184 Erschwerende Umstände	48
39. Ad Art. 186 Hausfriedensbruch	49
40. Ad Art. 187 Ziff. 1 und 4 Sexuelle Handlungen mit Kindern	49
41. Ad Art. 188 Sexuelle Handlungen mit Abhängigen	50
42. Ad Art. 189 Abs. 1 Sexuelle Nötigung	51
43. Ad Art. 191 Schändung	51
44. Ad Art. 192 Sexuelle Handlungen mit Anstaltspfleglingen, Gefangenen, Beschuldigten	51
45. Ad Art. 193 Ausnützung der Notlage	51
46. Ad Art. 195 Förderung der Prostitution	52
47. Ad Art. 197 Ziff. 3, 3 ^{bis} , 4, 4 ^{bis} und 5 Pornografie	52
48. Ad Art. 200 Gemeinsame Begehung	54
49. Ad Art. 213 Inzest	54
50. Ad Art. 219 Abs. 2 Verletzung der Fürsorge- oder Erziehungspflicht	55
51. Ad Art. 221 Abs. 3 Brandstiftung	56
52. Ad Art. 222 Fahrlässige Verursachung einer Feuersbrunst	56
53. Ad Art. 223 Ziff. 1 Abs. 2 Verursachung einer Explosion	56
54. Ad Art. 224 Abs. 2 Gefährdung durch Sprengstoffe und giftige Gase in verbrecherischer Absicht	56
55. Ad Art. 225 Gefährdung ohne verbrecherische Absicht	57
56. Ad Art. 226 Herstellen, Verbergen, Weiterschaffen von Sprengstoffen und giftigen Gasen	57
57. Ad Art. 226 ^{bis} Abs. 1 Gefährdung durch Kernenergie, Radioaktivität und ionisierende Strahlen	57
58. Ad Art. 227 Ziff. 1 Abs. 2 Verursachen einer Überschwemmung oder eines Einsturzes	58
59. Ad Art. 228 Ziff. 1 Beschädigung von elektrischen Anlagen, Wasserbauten und Schutzvorrichtungen	58
60. Ad Art. 229 Abs. 1 Gefährdung durch Verletzung der Regeln der Baukunde	58
61. Ad Art. 230 Ziff. 1 Beseitigung oder Nichtanbringung von Sicherheitsvorrichtungen	59
62. Ad Art. 231 Ziff. 1 Abs. 1 Verbreiten menschlicher Krankheiten	59
63. Ad Art. 232 Ziff. 1 Verbreiten von Tierseuchen	59
64. Ad Art. 233 Ziff. 1 Verbreiten von Schädlingen	60
65. Ad Art. 234 Abs. 1 Verunreinigung von Trinkwasser	60
66. Ad Art. 235 Ziff. 1 Abs. 2 und Ziff. 2 Herstellen von gesundheitsschädlichem Futter	60
67. Ad Art. 236 Abs. 1 und 2 Inverkehrbringen von gesundheitsschädlichem Futter	61
68. Ad Art. 237 Ziff. 1 Störung des öffentlichen Verkehrs	61
69. Ad Art. 238 Störung des Eisenbahnverkehrs	62

70. Ad Art. 239 Ziff. 2 Störung von Betrieben im Dienste der Allgemeinheit.....	62
71. Ad Art. 240 Geldfälschung und Geldverfälschung	62
72. Ad Art. 241 Geldverfälschung.....	63
73. Ad Art. 242 Inumlaufsetzen falschen Geldes.....	63
74. Ad Art. 243 Abs. 2 Nachmachen von Banknoten, Münzen oder amtlichen Wertzeichen ohne Fälschungsabsicht.....	64
75. Ad Art. 244 Einführen, Erwerben, Lagern falschen Geldes.....	64
76. Ad Art. 245 Fälschung amtlicher Wertzeichen.....	65
77. Ad Art. 246 Fälschung amtlicher Zeichen.....	65
78. Ad Art. 247 Abs. 2 Fälschungsgeräte; unrechtmässiger Gebrauch von Geräten.....	65
79. Ad Art. 250 Geld, amtliche Wertzeichen und amtliche Zeichen des Auslandes.....	66
80. Ad Art. 251 Ziff. 2 Urkundenfälschung.....	66
81. Ad Art. 259 Öffentliche Aufforderung zu Verbrechen oder Gewalttätigkeit.....	66
82. Ad Art. 260 ^{ter} Ziff. 2 Kriminelle Organisation.....	66
83. Ad Art. 260 ^{quater} Gefährdung der öffentlichen Sicherheit mit Waffen.....	67
84. Ad Art. 263 Verübung einer Tat in selbstverschuldeter Unzurechnungsfähigkeit.....	67
85. Ad Art. 266 ^{bis} Abs. 2 Gegen die Sicherheit der Schweiz gerichtete ausländische Unternehmungen und Bestrebungen.....	68
86. Ad Art. 268 Verrückung staatlicher Grenzzeichen.....	68
87. Ad Art. 270 Tätliche Angriffe auf schweizerische Hoheitszeichen.....	69
88. Ad Art. 275 ^{bis} Staatsgefährliche Propaganda.....	69
89. Ad Art. 275 ^{ter} Rechtswidrige Vereinigung.....	69
90. Art. 276 Aufforderung und Verleitung zur Verletzung militärischer Dienstpflichten.....	69
91. Ad Art. 277 Fälschung von Aufgebots- oder Weisungen.....	70
92. Ad Art. 278 Störung des Militärdienstes.....	70
93. Ad Art. 282 Ziff. 2 Wahlfälschung.....	71
94. Ad Art. 283 Verletzung des Abstimmungs- und Wahlheimnisses.....	71
95. Ad Art. 285 Ziff. 2 Abs. 2 Gewalt und Drohung gegen Behörden und Beamte.....	72
96. Ad Art. 286 Hinderung einer Amtshandlung.....	72
97. Ad Art. 292 Ungehorsam gegen amtliche Verfügungen.....	72
98. Ad Art. 293 Abs. 3 Veröffentlichung amtlicher geheimer Verhandlungen.....	73
99. Ad Art. 294 Verstoss gegen ein Berufsverbot.....	73
100. Ad Art. 296 Beleidigung eines fremden Staates.....	73
101. Ad Art. 297 Beleidigung zwischenstaatlicher und supranationaler Organisationen.....	74
102. Ad Art. 298 Tätliche Angriffe auf fremde Hoheitszeichen.....	74
103. Ad Art. 303 Falsche Anschuldigung.....	74
104. Ad Art. 304 Ziff. 2 Irreführung der Rechtspflege.....	75
105. Ad Art. 305 Abs. 1 ^{ter} und 2 Begünstigung.....	75
106. Ad Art. 305 ^{bis} Ziff. 2 Abs. 1 Geldwäscherei.....	75
107. Ad Art. 306 Abs. 2 und 3 Falsche Beweisaussage der Partei.....	75
108. Ad Art. 307 Abs. 2 Falsches Zeugnis. Falsches Gutachten. Falsche Übersetzung.....	76
109. Ad Art. 308 Strafmilderung.....	76
110. Ad Art. 310 Ziff. 2 Abs. 2 Befreiung von Gefangenen.....	76
111. Ad Art. 311 Ziff. 1 Meuterei von Gefangenen.....	76
112. Ad Art. 317 Ziff. 2 Urkundenfälschung im Amt.....	76
113. Ad Art. 318 Falsches ärztliches Zeugnis.....	77
114. Ad Art. 319 Entweichenlassen von Gefangenen.....	77
115. Ad Art. 320 Ziff. 1 Abs. 1 Verletzung des Amtsheimnisses.....	78
116. Ad Art. 321 Ziff. 1 Abs. 1 Verletzung des Berufsheimnisses.....	78
117. Ad Art. 321 ^{ter} Abs. 1, 2 und 4 Verletzung des Post- und Fernmeldeheimnisses.....	78
118. Ad Art. 322 ^{bis} Nichtverhinderung einer strafbaren Veröffentlichung.....	79
119. Ad Art. 325 ^{bis} Widerhandlungen gegen die Bestimmungen zum Schutz der Mieter von Wohn- und Geschäftsräumen.....	80
120. Ad Art. 326 ^{bis} Anwendung auf juristische Personen, Handelsgesellschaften und Einzelfirmen 2. Im Falle von Artikel 325 ^{bis}	80
121. Ad Art. 328 Nachmachen von Postwertzeichen ohne Fälschungsabsicht.....	81
122. Ad Art. 329 Verletzung militärischer Geheimnisse.....	81
123. Ad Art. 330 Handel mit militärisch beschlagnahmtem Material.....	81
124. Ad Art. 331 Unbefugtes Tragen der militärischen Uniform.....	81
125. Ad Art. 332 Nichtanzeigen eines Fundes.....	82
126. Ad Art. 342 Abs. 1 Gerichtsstand bei strafbaren Handlungen im Ausland.....	82
IV. Fazit.....	82

I. Keine „Harmonisierung“ sondern Totalrevision des BT StGB

Vorweg erscheint der Name des vorgelegten Bundesgesetzentwurfs als klar irreführend – die vorgesehenen Änderungen des Besonderen Teils (BT) des StGB gehen weit über eine bloss „Harmonisierung“ (in Einklang bringen²) von Strafrahmen hinaus. So sollen zahlreiche Strafrahmen – insbesondere nach oben – erweitert und Mindeststrafen erhöht werden, obschon das weniger mit Harmonisierung, als vielmehr mit Strafverschärfung zu tun hat. Auch die Abschaffung gewisser Strafnormen oder Mindeststrafen erzielt keine Harmonisierung, sondern wird mit fehlendem Strafbedürfnis (entweder wegen geänderter Moralvorstellungen oder mangels Urteilen) begründet. Die angestrebte Einschränkung des richterlichen Ermessens (z.B. Umwandlung von „kann“- zu „ist“-Bestimmungen) hat ebenfalls nichts Harmonisierendes, sondern zeugt vielmehr von einem Misstrauen den Gerichten gegenüber. Richterliches Ermessen wird in dieser Vorlage gar als Rechtsunsicherheitsfaktor betrachtet.

Es kann also keineswegs von einer Harmonisierung der Strafrahmen gesprochen werden, sondern richtigerweise nur von einer Totalrevision des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches, des Militärstrafgesetzes und des Nebenstrafrechts. Da es sich hierbei um einen einschneidenden Eingriff in das schweizerische Strafrecht handelt, muss dieses Vorhaben genauer ausgeleuchtet werden.

Dazu quantitative Angaben:

- **Aufgehoben** werden sollen **20 Bestimmungen**, also rund 10% aller bestehenden Bestimmungen des Besonderen Teiles.
- **Teilweise aufgehoben** werden **16 Bestimmungen** (also weitere 15% aller Bestimmungen des BT).
- Bei **18 Tatbeständen** soll die **Geldstrafe als Sanktion gestrichen** werden.
- Bei **17 Tatbeständen** soll die **Obergrenze der Freiheitsstrafe erhöht** werden.
- Bei **13 Tatbeständen** soll die **Obergrenze der Freiheitsstrafe gesenkt** werden.
- Umgekehrt soll bei **17 Tatbeständen** eine **Mindeststrafe eingeführt oder eine bestehende Mindeststrafe erhöht** werden.
- Bei **6 Tatbeständen** soll die **bestehende Untergrenze der Freiheitsstrafe gesenkt** werden.
- Eine **Mindeststrafe von 30 Tagessätzen Geldstrafe** soll bei **5 Strafbestimmungen** auf 90 Tagessätze, bei weiteren **5 Strafbestimmungen** abgeschafft werden.
- Eine **Mindeststrafe von sechs Monaten Freiheitsentzug** soll für **12 Delikte eingeführt** werden.
- Das alles führt natürlich zu Veränderungen des Deliktstypus. So sollen **9 Tatbestände von Übertretungen zu Vergehen** werden, **17 Tatbestände sollen vom Vergehen zum Verbrechen** hochgestuft werden. Weiter sollen **2 Tatbestände vom Verbrechen zum Vergehen** werden. Schliesslich soll die Beschimpfung (Art. 177 Abs. 1 StGB) **vom Vergehen zur Übertretung** werden.
- Bei **13 Tatbeständen** soll das richterliche Ermessen eingeschränkt werden, indem **statt einer „kann“-Formulierung, eine „muss“-Formel** gewählt wird.
- Bei **13 weiteren Tatbeständen** werden **eigentliche Neuerungen** vorgeschlagen, so etwa die Einführung qualifizierter Strafbarkeit für die schwere fahrlässige Körperverletzung (Art. 125 Abs. 2 StGB) oder die Einführung der Strafbarkeit des

² Duden, Die deutsche Rechtschreibung, 22. Aufl., Mannheim 2001.

Konsums von Gewaltdarstellungen (Art. 135 Abs. 2 StGB) und harter Pornographie (Art. 197 Ziff. 3^{bis} StGB).

Angesichts dieser Veränderungen, die etwa jede dritte Strafbestimmung des Besonderen Teiles betrifft, kann wirklich nicht von blosser Harmonisierung gesprochen werden.

Eine Vernehmlassung unter derart irreführendem Titel ist u.E. abzulehnen, weil ihr die demokratische Legitimation abgeht. Ein Grossteil der betroffenen Bürger und Bürgerinnen kann aufgrund dieses Titels gar nie auf die Idee kommen, dass es sich um eine Totalrevision handelt. Dass mit „Harmonisierung“ eine Gesetzesvorlage präsentiert wird, bei der in Wirklichkeit die grösste je in der Schweiz durchgeführte Streichung von Strafbestimmungen des StGB vorgeschlagen wird (immerhin wie erwähnt rund 10% des Besonderen Teiles) erscheint jenseits des vernünftigerweise zu Erwartenden.

II. Zum Revisionsvorhaben im Allgemeinen

1. *Kriminalpolitische Gründe, oder: Was unter Strafrecht verstanden wird*

Der erläuternde Bericht zum Bundesgesetz über die Harmonisierung der Strafraumen im Strafgesetzbuch, im Militärstrafgesetz und im Nebenstrafrecht³ (nachfolgend „Bericht“) spricht oftmals von kriminalpolitischen Gründen, welche der Vorlage zu Grunde liegen. Dazu heisst es:

„In der Öffentlichkeit und in der Politik werden insbesondere die Strafraumen bei den Delikten gegen Leib und Leben, den Sexualdelikten, der (Jugend-)Gewalt und den in Gruppen begangenen Delikten hinterfragt. Entsprechend wird diesen Themen vorliegend besondere Beachtung geschenkt. Auch das zunehmende Verunsicherungsgefühl im öffentlichen Raum, welches bei weiten Teilen der Bevölkerung spürbar ist, soll hier berücksichtigt werden.“⁴

„Wenn die angedrohten Strafen (...) dem Wert des jeweils geschützten Rechtsguts in der Gesellschaft nicht entsprechen und schliesslich auch in keiner Relation mehr zu den tatsächlich verhängten Strafen stehen, verliert das Strafrecht insgesamt an Glaubwürdigkeit und somit auch an präventiver Wirkungskraft. Mit dieser Vorlage sollen im Rahmen einer Gesamtbetrachtung die notwendigen Korrekturen vorgenommen und damit ein Beitrag zur Stärkung des Strafrechts beziehungsweise zur Prävention von Kriminalität geleistet werden.“⁵

Auf die Grundannahmen des Revisionsvorhabens lässt sich entsprechend schliessen. Sie lauten:

- *Öffentlichkeit und Politik würden die Strafraumen hinterfragen.⁶*

Das ist euphemistisch: Tatsächlich werden ausschliesslich und vehement härtere Strafen gefordert – man kann durchaus von einer Lust nach mehr Strafe sprechen.

- *Das Strafrecht sei dabei, an Glaubwürdigkeit und daher auch an Präventionskraft zu verlieren.*

³ www.bj.admin.ch/content/dam/data/sicherheit/gesetzgebung/strafrahmenharmonisierung/vn-ber-d.pdf, nachfolgend „Bericht“.

⁴ Bericht, S. 8.

⁵ Bericht, S. 2 f.

⁶ Dazu wird im Bericht, S. 5, auch auf entsprechende parlamentarische Vorstösse verwiesen.

Das ist unzutreffend: Für diese Annahme gibt es nicht den geringsten empirischen Beleg. Träfe sie zu, müsste die Kriminalität ja zunehmen, was aber – wie im Folgenden gezeigt wird – schlicht nicht der Fall ist.

- *Strafen sollen eine von der Strafhöhe und -art abhängige präventive Wirkung haben, weshalb die Präventivwirkung durch eine Revision der Strafraumen gesteuert werden könne.*

Das ist unzutreffend: Es ist geradezu eine kriminologische Binsenweisheit, dass die Kriminalität von der Art und der Schwere der Sanktion weitestgehend unabhängig ist. D.h. eine Verschärfung der Strafmasse kann die behaupteterweise angestrebte Prävention von Kriminalität gar nie bewirken.

- *In der Bevölkerung herrsche ein Gefühl von Unsicherheit. Diese Situation könne durch ein härteres Strafrecht verbessert werden.*

Das ist in mehrfacher Hinsicht unzutreffend:

1. Dass ein „Unsicherheitsgefühl“ der Bevölkerung bestehe, ist eine einfache Behauptung, die sich auf keinerlei empirischen Beleg stützt, sondern höchstens auf die mediale Berichterstattung.

2. Selbst wenn ein solches „Unsicherheitsgefühl“ bestünde, so kann es sich nicht von der tatsächlichen Entwicklung der Kriminalität herleiten, weil keine statistisch messbare Zunahme der Kriminalität zu verzeichnen ist. Eventuell bestehende Ängste der Bevölkerung können mithin nicht von einer Kriminalitätszunahme stammen, sondern müssen ihre Ursprünge in der medialen Berichterstattung und der politischen Instrumentalisierung des Themas haben.

3. Selbst aber wenn auch dies bestritten würde, erscheint zumindest höchst fragwürdig, ob eine Verschärfung das Sicherheitsgefühl überhaupt zu verbessern vermöchte.

- *Der Wert von Rechtsgütern könne gemessen und „richtigen“ Strafandrohungen gegenübergestellt werden.*

Das ist in mehrerer Hinsicht unzutreffend: Einen „richtigen Rechtsgüterschutz“ im Sinne von dem objektiven Wert des Rechtsguts entsprechend, gibt es nicht, da sich der Wert eines Rechtsguts weder absolut noch relativ bestimmen lässt.

Zudem kann eine Strafnorm ein wie immer geartetes Rechtsgut nicht schützen, weil Strafrecht grundsätzlich retrospektiv agiert und überhaupt erst bei einer entsprechenden Verletzung zum Zuge kommt (Art. 1 StGB). Ein Rechtsgüterschutz, wie er hier konzeptuell verwendet wird, stellt kein Strafrecht, sondern Polizeirecht dar (als auf Gefahrenabwehr gerichtetes Verwaltungsrecht).

- *Die Gerichte würden ihre Arbeit ungenügend erledigen, da die Urteile in keiner Relation mehr zu den Strafraumen und dem Wert des jeweils geschützten Rechtsguts stünden.*

Das ist unzutreffend: Anhand einer Urteilsstatistik ist es schlechterdings nicht möglich zu bestimmen, ob die Urteile der Gerichte dem Verschulden angemessen sind oder nicht, da Gerichte immer Einzelfälle beurteilen. Die entsprechenden Behauptungen zur Gerichtspraxis sind folglich eben blosser Behauptungen.

- *Die tatsächlich durch die Gerichte verhängten Strafen stünden „keiner Relation zu den angedrohten Strafen“*

Das ist unzutreffend: Die hohen oberen Strafraumen haben in der Schweiz Tradition. Sie bedeuten keineswegs, dass Strafen am unteren Rand unzulässig, unkorrekt oder unangemessen wären. Aus der Tatsache, dass ein Strafmass von beispielsweise „Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren“ (Art. 139 StGB: Diebstahl) angedroht wird, folgt natürlich in keiner Weise, dass die sog. Einsatzstrafe in der Mitte also bei rund 2,5 Jahren liegen sollte.

2. Lust auf mehr Strafe

Richtig ist, dass derzeit von Politik und Medien intensiv über das Strafrecht diskutiert wird. Allerdings kann dabei kaum von Interesse am Strafrecht an sich gesprochen werden; die Diskussion dreht sich zum allergrössten Teil um die vehemente Forderung nach mehr Strafe, sei es durch längere Freiheitsstrafen bzw. härtere Strafandrohungen, Abschaffung der Geldstrafe oder Erschwerung des bedingten Strafvollzugs. Man kann direkt von einer Lust auf mehr Strafe sprechen. Ein Blick in die Geschäftsdatenbank des Parlaments bestätigt die *politische* Virulenz,⁷ wie schon nur folgende exemplarische Auswahl des aktuellen Jahres 2010 zeigt.

Es gab bspw. **Interpellationen** betreffend Erhöhung der Strafandrohungen bei Sexualdelikten⁸,

zum Thema „Einbruchdiebstahl ist kein Kavaliersdelikt“⁹,

Motionen,

- um den bedingten Strafvollzug wieder einzuschränken und den unbedingten wieder zu erleichtern¹⁰,
- zur Senkung der Altersgrenze zwischen Jugend- und Erwachsenenstrafrecht¹¹,
- betreffend griffige Instrumente gegen Krawallmacher und Vandalen¹²,
- um der Gewalt strafrechtlich schärfer zu begegnen¹³,
- zum Waffengesetz („Küchenmesser gehören in die Küche“)¹⁴,
- zur Verschärfung des Jugendstrafrechts¹⁵,
- um die Eltern mehr in die Pflicht zu nehmen¹⁶ oder betreffend schwere Steu-
erhinterziehung,¹⁷

⁷ Wobei auch die Ergebnisse der Studie von SCHWARZENEGGER et al. (CH. SCHWARZENEGGER, P. MANZONI, D. STUDER, C. LEANZA, Was die Schweizer Bevölkerung von Sterbehilfe und Suizidbeihilfe hält, Jusletter 13. September 2010), ein Auseinanderklaffen von Einstellungen der Bevölkerung und der medialen und politischen Diskussion nachweist.

⁸ Interpellation 10.3719 von NATALIE RICKLI, eingereicht am 29.9.2010.

⁹ Interpellation 10.3063 von ANDREA GEISSBÜHLER, eingereicht am 9.3.2010.

¹⁰ Motion 10.3589 von PIRMIN BISCHOF, eingereicht am 18.6.2010.

¹¹ Motion 10.3555 von OSKAR FREYSINGER, eingereicht am 18.6.2010.

¹² Motion 10.3435 von NORBERT HOCHREUTENER, eingereicht am 15.6.2010.

¹³ Motion 10.3434 von NORBERT HOCHREUTENER, eingereicht am 15.6.2010.

¹⁴ Motion 10.3386 von JOSEF ZISYADIS, eingereicht am 8.6.2010.

¹⁵ Motion 10.3131 von HANS FEHR, eingereicht am 16.3.2010.

¹⁶ Motion 10.3061 von ANDREA GEISSBÜHLER, eingereicht am 9.3.2010.

¹⁷ Motion 10.3596 von SUSANNE LEUTENEGER Oberholzer, eingereicht am 18.6.2010.

ein **Postulat** zur Erhöhung des Strafmasses bei sexuellen Handlungen mit Kindern¹⁸,

parlamentarische Initiativen

- betreffend Strafverschärfung bei Kriminaltourismus¹⁹,
- zum Verbot der Prostitution Minderjähriger²⁰,
- betreffend Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität²¹, oder um den Verkauf von Bankkundendaten hart zu bestrafen²²

sowie **Standesinitiativen**

- zur gesamtschweizerischen Regelung der Suizidhilfe²³,
- betreffend Massnahmen gegen die Raserei²⁴,
- zur Wiedereinführung des Landesverweises²⁵.

In den Jahren zuvor sieht es nicht anders aus, wie die in der Fussnote 3 des Berichts aufgeführten parlamentarischen Vorstösse belegen. Vorstösse, die in die entgegengesetzte Richtung gehen, finden sich kaum. Ausnahmen bilden einzig diverse Vorstösse betreffend Aufhebung der Rassismusstrafnorm²⁶ und eine Motion gegen den „Missbrauch von Radarfallen“²⁷.

A. Medien, Politik und Einstellungen der Bevölkerung

In den Medien bestätigt sich das vorstehend gezeichnete Bild. Ganz anders dagegen die Einstellung der Bevölkerung. Die vom Bericht angesprochene Diskussion um die Strafmasse ist eine mediale bzw. politische. Sie gibt nicht die Einstellungen der Bevölkerung wieder. Die nämlich sind erheblich und deutlich weniger punitiv und repressiv als Politik und Medien, wie die empirische Forschung zeigt.²⁸ Insofern ist

¹⁸ Postulat 10.3094 von NATALIE RICKLI, eingereicht am 11.3.2010.

¹⁹ Parlamentarische Initiative 10.477 von ALFRED HEER, eingereicht am 18.6.2010.

²⁰ Parlamentarische Initiative 10.439 von LUC BARTHASSAT, sowie die Parlamentarische Initiative 10.435 von CHANTAL GALLADÉ, beide eingereicht am 19.3.2010. Dazu auch die Standesinitiativen 10.320 des Kantons Wallis vom 19.5.2010 und 10.311 des Kantons Gené vom 3.2.2010.

²¹ Parlamentarische Initiative 10.415 der sozialdemokratischen Fraktion, eingereicht am 15.3.2010.

²² Parlamentarische Initiative 10.451 der FDP-Liberale Fraktion, eingereicht am 17.6.2010.

²³ Standesinitiative 10.306 des Kantons Basel-Landschaft, eingereicht am 14.1.2010. Die zitierte Studie SCHWARZENEGGER et al. zeigt ebenso exemplarisch wie sehr die politische Diskussion an den Wünschen der Bevölkerung vorbeigeht.

²⁴ Standesinitiative 10.303 des Kantons Solothurn, eingereicht am 8.1.2010.

²⁵ Standesinitiative 10.300 des Kantons Tessin, eingereicht am 17.12.2009.

²⁶ Bspw. die Parlamentarische Initiative 06.472 von BERNHARD HESS, eingereicht am 6.10.2006, oder die Motion 09.3843 von CHRISTOPH MÖRGEL, eingereicht am 24.9.2009.

²⁷ Motion 10.3800 von ULRICH GIEZENDANNER, eingereicht am 1.10.2010.

²⁸ Vgl. dazu A. KUHN, L'opinion publique réclame-t-elle des peines plus sévères que celles prononcées par les juges? in: Der Richter und sein Bild - Le juge et son image, Berne: Stämpfli, 2008, 267 ff.; A. KUHN, Verlangt die öffentliche Meinung strengere Strafen als die von den Richtern ausgesprochenen? in: Der Richter und sein Bild - Le juge et son image, Berne: Stämpfli, 2008, 279 ff.; A. KUHN/J. VUILLE, Répression versus resocialisation - La punitivité du public est-elle en phase avec celle des juges? in: Neue Gewalt oder neue Wahrnehmung? - Nouvelle violence ou nouvelle perception de la violence?, Berne: Stämpfli, 2009, 151 ff.; sowie schliesslich A. KUHN / J. VUILLE, La justice pénale : Les sanctions selon les juges et selon l'opinion publique, Lausanne: PPUR, Le savoir suisse, 2010, 93 ff. wo eine klare Abnahme der Punitivität der Bevölkerung nachgewiesen wird. Vgl. auch die Ergebnisse der Studie von SCHWARZENEGGER et al. (CH. SCHWARZENEGGER, P.

auch völlig unzulässig, wenn der Bericht etwa im Zusammenhang mit der Fahrlässigen Tötung bei sog. „Raserunfällen“ von „mehr und mehr Unmut“ der Öffentlichkeit und Politik spricht.²⁹ Der Begriff der Öffentlichkeit sollte hier nicht verwendet werden, weil er „Bevölkerung“ verstehen lässt, während er in Wirklichkeit den medialen Diskurs meint, der zu weiten Teilen eben wiederum vom politischen instrumentalisiert wird. Wie erwähnt zeigen die empirischen Untersuchungen zu den Einstellungen der Bevölkerung sei es im Zusammenhang mit der Urteilspraxis der Gerichte, sei es beispielsweise mit der politisch umstrittenen Sterbehilfe, dass mediale Darstellung und Einstellung der Bevölkerung überhaupt nicht deckungsgleich sind.

Dennoch ist auch das Volk im Rahmen dieser allgemeinen medialen und politischen Debatten jeweils der punitiven Position gefolgt (Annahme der Verwahrungsinitiative, der Initiative für die Unverjährbarkeit pornographischer Straftaten an Kindern, „Ausschaffungsinitiative“).

B. Strafzwecke, insbesondere Abschreckung

Auffällig ist, dass dabei immer von **Abschreckung oder von Schutz** gesprochen wird. Stellvertretend für viele andere aus einer Motion HOCHREUTENER³⁰:

„Damit sich Personen auch am Abend und vor allem an Wochenenden ohne Angst im öffentlichen Raum bewegen können und um eine progressive Eskalation der Attacken zu verhindern, muss durch ein klares und spürbares Eingreifen des Strafrechts im Sinne der Spezial- und Generalprävention deutlich gemacht werden, dass die Urheber solcher Gewalttaten mit empfindlichen, unmittelbar spürbaren Sanktionen zu rechnen haben, auch wenn es nicht zu dauernden Schäden bei den Opfern kommt.“

Erhofft wird mithin, durch mehr Strafe zukünftige Straftaten verhindern zu können. Diese Prävention soll ihrerseits den stärkeren Eingriff in die Rechtsgüter des Täters (denn das ist Strafe) legitimieren.

Der Präventionsgedanke äussert sich insbesondere in den sog. relativen Straftheorien, welche die Strafe nicht als Selbstzweck zur Abgeltung von Schuld sehen, sondern sie durch ihren sozialen Nutzen für die Gesellschaft legitimieren. Die Strafan drohung und die Strafe sollen dabei entweder alle Rechtsunterworfenen ansprechen (Generalprävention), oder nur den bereits straffällig Gewordenen (Spezialprävention). Dies kann jeweils auf zwei Arten geschehen: Entweder kann versucht werden, bestimmtes Verhalten zu fördern (positive Prävention) oder umgekehrt zu verhindern (negative Prävention).

Daraus ergeben sich **vier Präventionsvarianten**:

1. Die negative Spezialprävention will den Straffälligen durch Erleben lassen des Strafübels vor Begehung weiterer Straftaten abschrecken. 2. In der positiven Variante will sie den Straftäter bessern oder (re-)sozialisieren, damit er keine weiteren Delikte mehr begeht. Spezialpräventive Ideen gehen in erster Linie auf FRANZ VON LISZT zurück, der mit seinem Marburger Programm³¹ 1882/1883 bereits gefordert hat: Besserung der besserungsfähigen und besserungsbedürftigen Verbrecher, Abschreckung

MANZONI, D. STUDER, C. LEANZA, Was die Schweizer Bevölkerung von Sterbehilfe und Suizidbeihilfe hält, Jusletter 13. September 2010), die ein Auseinanderklaffen von Einstellungen der Bevölkerung und der medialen und politischen Diskussion nachweist.

²⁹ Bericht, S. 14.

³⁰ Vgl. Fn. 13.

³¹ FRANZ VON LISZT, Der Zweckgedanke im Strafrecht, Baden-Baden 2002.

nicht besserungsbedürftiger Verbrecher und Unschädlichmachung nicht besserungsfähiger Verbrecher.³²

3. Die an alle gerichtete negative Generalprävention will alle Rechtsunterworfenen – als potentielle Rechtsbrecher – abschrecken, indem ein Strafübel über die Strafandrohung in Aussicht gestellt wird. Sie geht auf PAUL JOHANN ANSELM FEUERBACHS sog. Theorie des psychologischen Zwangs zurück. Danach ist die Strafandrohung zur Abschreckung aller als „mögliche Beleidiger“ entscheidend, der Vollzug der Strafe ist hingegen nur dazu da, die Ernsthaftigkeit dieser Drohung zu demonstrieren.³³ 4. Als letzte Variante bleibt die positive Generalprävention (auch Integrationsprävention genannt): Die Allgemeinheit erscheint hier nicht als eine Vereinigung potentieller Rechtsbrecher, sondern als rechtstreue Bürgerinnen und Bürger. Indem abweichendes Verhalten anderer bestraft wird, soll die Strafe die Gültigkeit und Verbindlichkeit der Rechtsordnung bestätigen. Durch die nicht zuletzt auch symbolische Reaktion des Staates auf die Normverletzung kann sich die Allgemeinheit rückversichern, dass ihre Normen noch gelten.

Die Hintergründe des Revisionsvorhabens sprechen sowohl die Spezial- wie auch die Generalprävention **ausschliesslich in ihren negativen Varianten** an, also Verhinderung von Straftaten durch die Abschreckung aller oder einzelner durch mehr Strafe. Die positiven Präventionsvarianten spielen keine Rolle. Nun lässt sich keine dieser Präventionsvarianten empirisch belegen. Insbesondere aber die der Vorlage zugrunde liegende Idee der Abschreckung (neg. General- oder Spezialprävention) ist hundertfach überprüft worden. Klares Resultat dieser Untersuchung ist, dass eine Abschreckungswirkung, wie sie sich der Gesetzgeber wünscht, schlicht nicht existiert. Wir haben bereits darauf hingewiesen, dass es eine kriminologische Binsenweisheit ist, dass die Art der Strafe und deren Höhe nahezu keinen Einfluss auf die Wahrscheinlichkeit der Deliktsbegehung (oder eines Rückfalles) haben.

Beispiel: Die beabsichtigte Änderung von Art. 226^{bis} Abs. 1: Demnach soll derjenige, der vorsätzlich durch Kernenergie, radioaktive Stoffe oder ionisierende Strahlung eine Gefahr für das Leben oder die Gesundheit von Menschen oder fremdes Eigentum von erheblichem Wert verursacht, mit einer Freiheitsstrafe von neu nicht unter einem Jahr bestraft werden, womit eine Geldstrafe zu verbinden wäre. Das wird ausdrücklich mit der Generalprävention begründet, im Zusammenhang mit der erheblichen potentiellen Gefahr.³⁴ Das kann nur so verstanden werden, dass der Entwurf davon ausgeht, mit einer Mindeststrafe von einem Jahr Freiheitsstrafe liessen sich Delikte verhindern, die unter der alten Strafandrohung eher begangen würden. Dabei sei aber nochmals auf die empirische Grundlagen bzw. deren Fehlen für die Annahmen der Vorlage hingewiesen. Selbst wenn man nämlich kriminologischen Forschungen nicht vertrauen und fälschlicherweise eine Abschreckungswirkung annehmen wollte, so zeigt doch die Strafurteilsstatistik, dass die bestehende Strafdrohung zweifellos ausreichend ist, ist bis dato keine einzige Verurteilung gestützt auf Art. 226^{bis} erfolgt.³⁵

De facto existieren also für die vorgebrachten Gründe einer Strafschärfung keinerlei empirische Belege. Es existieren nicht einmal Indizien dafür, dass eine Strafschärfung

³² VON LISZT (Fn. 31), S. 42.

³³ PAUL JOHANN ANSELM FEUERBACH, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 11. Aufl., Giessen 1832, § 13 ff.

³⁴ Bericht, S. 31.

³⁵ www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/19/03/03/key/straftaten/delikte_im_einzelnen.html

nützlich sein könnte. Denn selbst wenn man eine Abschreckungswirkung des Strafrechts annehmen wollte, zeigt die Urteilsstatistik doch, dass die Strafbestimmung offensichtlich „funktioniert“.

Will man mithin eine Strafschärfung, so könnte als Begründung dafür einzig der Wunsch nach schärferen Strafen vorgebracht werden. Dieser Wunsch allerdings ist, wie empirisch nachweisbar ist, ein Wunsch alleine der medialen und politischen Diskussion und gerade nicht der Bevölkerung.

3. Verwendung statistischer Daten bei der Begründung von Strafschärfung

Immer wieder wird im Bericht zur Begründung für eine Änderung auf die Zahlen der Strafurteile nach den entsprechenden Bestimmungen verwiesen. Zum einen werden diese Urteilszahlen als Hinweis auf eine Entwicklung der Kriminalität vorgebracht,³⁶ zum anderen werden die geringen Zahlen als Begründung dafür vorgebracht, dass die entsprechenden Normen aufgehoben werden könnten.³⁷ Das erscheint in beiden Varianten als verfehlt.

1. Zur Begründung einer Straferhöhung taugen die Zahlen nicht, weil aus der Tatsache, dass die Verurteilungen wegen eines Delikt statistisch betrachtet zu- oder abnehmen, nicht auf die Gründe dafür geschlossen werden kann (ganz abgesehen davon, dass auch die Frage der Zu- oder Abnahme selbst durchaus schwierig ist).

2. Soweit die Strafurteilsstatistik in diesem Zusammenhang überhaupt verwendet wird, sollten jedenfalls nicht absolute Zahlen, sondern relative, auf die Wohnbevölkerung des jeweiligen Jahres bezogene Zahlen pro 100 000 Einwohner verwendet werden.

- So wird etwa im Zusammenhang mit der schweren Körperverletzung die Zunahme der Urteile von 1984 bis 2005 vorgebracht (die relativen Urteilszahlen pro 100 000 Einwohner lauten 0.49 Urteile im Jahr 1984; 0.75 Urteile im Jahr 1996; 1.25 Urteile im Jahr 2005). Nun lässt sich aus diesen Zahlen nichts über die Gründe dieser Entwicklung ableiten. Typischerweise stellt denn der Bericht auch nicht darauf ab. Vielmehr führt er aus, dass unabhängig von der medialen Berichterstattung, die verzerrend sein könne, Berichte (meinend Medienberichte) über tätliche Angriffe auf Passanten das Sicherheitsgefühl der Bevölkerung beeinträchtigten, wobei für diese Behauptung wieder kein Beleg gegeben wird. Festgestellt wird einzig, aus kriminalpolitischen Gründen rechtfertige sich deshalb (also wegen der Beeinträchtigung des Sicherheitsgefühls, die gar nicht nachgewiesen ist) eine Erhöhung der Mindeststrafe.³⁸
- Auch bei der sog. harten Pornographie werden Urteilszahlen angeführt (wiederum absolute, statt relative Zahlen),³⁹ wobei die Zunahme primär mit den Verbreitungsmöglichkeiten über das Internet begründet wird, obwohl einerseits die Rechtsprechung zur Pornographie immer restriktiver und gleichzeitig die Strafbestimmung selbst verschärft wurde.

3. Gänzlich unklar bleibt damit, was die entsprechenden Urteilszahlen überhaupt für eine Bedeutung haben sollten, geschweige denn, was die Verschärfungen denn ei-

³⁶ Bericht, S. 15 (zu Art. 122) oder 25 (zu Art. 197).

³⁷ So etwa Bericht, S. 9, 28 (zu Art. 213), 38 (zu Art. 260^{quater}), 38 f. (zu Art. 263), 40 (zu Art. 277), 41 (zu Art. 278), 48 (zu Art. 325^{bis}), 49 (zu Art. 331).

³⁸ Bericht, S. 15.

³⁹ Bericht, S. 25.

gentlich bezwecken sollte. Wie gezeigt kann eine abschreckende Wirkung damit jedenfalls vernünftigerweise nicht angestrebt werden.

4. *Verwendung statistischer Daten bei der Begründung von Streichungen von Strafbestimmungen*

Umgekehrt werden vom Bericht die Strafurteilszahlen auch als Begründung dafür angeführt, dass bestimmte Strafbestimmungen aufgehoben werden könnten,⁴⁰ da den Bestimmungen nur marginale Bedeutung zukomme. Das ist so gänzlich unzulässig.

Aus der Tatsache, dass eine Strafbestimmung selten oder gar nicht angewandt wird (Seins-Ebene), lässt sich nichts schliessen für die Frage, ob die Bestimmung zurecht besteht oder nicht, ob sie bestehen bleiben soll oder nicht (Sollens-Ebene). Die normative Frage lässt sich nicht aus dem Sein ableiten, was eigentlich seit DAVID HUME allgemein anerkannt ist. Aus der Tatsache, dass es keine Urteile zu einer bestimmten Bestimmung gibt, lässt sich deren Bedeutungslosigkeit ebenso wenig ableiten, wie sich umkehrt aus einer Vielzahl von Urteilen ableiten liesse, dass die Bestimmung zu weit gefasst wäre.

Wollte man aber tatsächlich, entgegen dem Vorstehenden, aus dem reinen Sein auf das Sollen schliessen, so müsste dies doch wenigstens systematisch geschehen. Vgl. dazu die Ausführungen mit Angabe statistischer Daten unter: 11. Aufhebung von Strafnormen, hinten S. 22 f.

5. *Kriminologische Erkenntnisse*

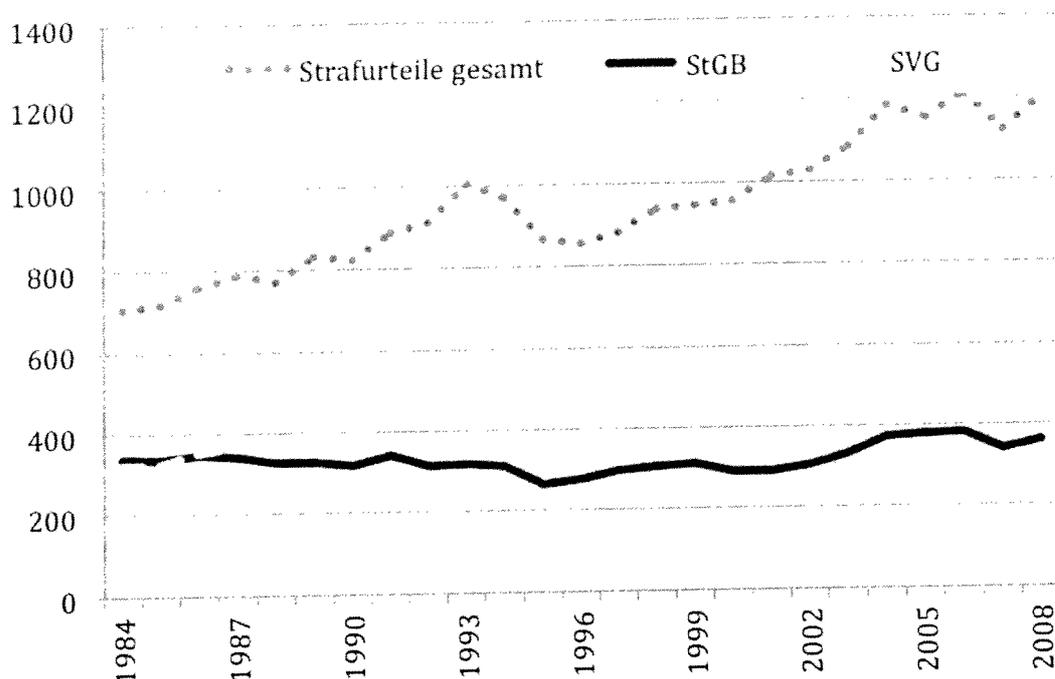
Soweit nun die Kriminalitätsentwicklung selbst als implizite oder explizite Begründung des Revisionsvorhabens angeführt wird, erscheinen einige Grundinformationen vielleicht ganz hilfreich.

A. *Keine Zunahme der Kriminalität im Kernstrafrecht*

Zweifelsfrei sollte einmal sein, dass die Kriminalität nach dem Kernstrafrecht über die letzten 30 Jahre **nicht** zugenommen hat. Die Urteilsstatistik zeigt zwar für diesen Zeitraum eine Zunahme aller Strafurteile, doch ist die eben gerade nicht auf die Kriminalität nach dem Strafgesetzbuch zurückzuführen, sondern primär auf die Verurteilungen nach dem Strassenverkehrsgesetz (SVG), während die Verurteiltenquote der Strafurteile nach dem StGB pro 100 000 Einwohner praktisch konstant blieb, was in der nachfolgenden Tabelle sehr deutlich wird.

⁴⁰ Bericht, S. 28 (zu Art. 213), 38 (zu Art. 260^{quater}), 38 f. (zu Art. 263), 40 (zu Art. 277), 41 (zu Art. 278), 48 (zu Art. 325^{bis}), 49 (zu Art. 331).

Strafurteilsstatik. Strafurteile pro 100 000 Einwohner 1984-2009 nach Gesetz



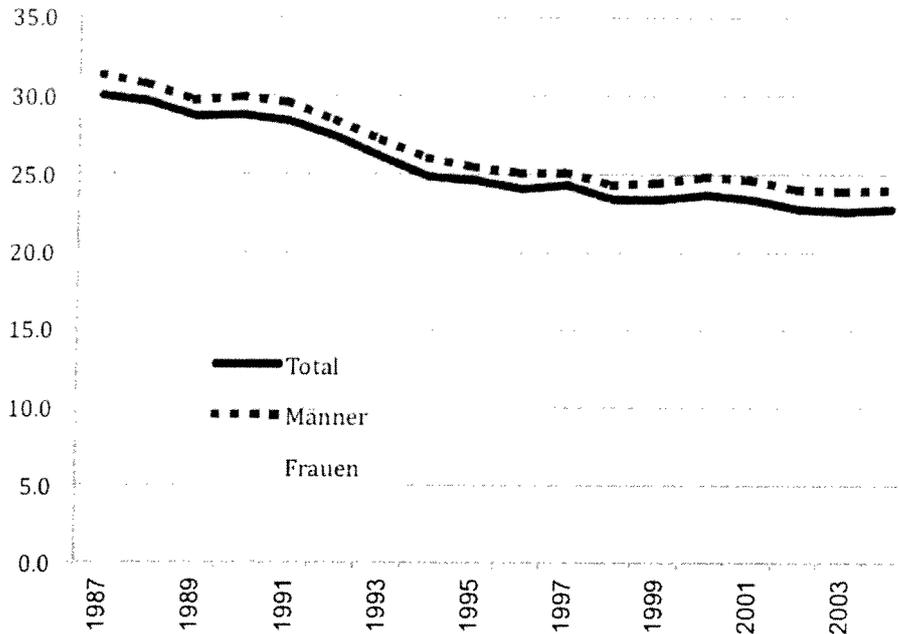
Daraus folgt, dass Veränderungen der Gesetzgebung im Bereich des Kernstrafrechts jedenfalls nicht global sein können, weil offensichtlich global keine Zunahme zu verzeichnen ist. Soweit „für das Strafrecht“ oder auch nur „für das Kernstrafrecht“ (also nach StGB) argumentiert wird, sind alle Begründungen, die auf eine Zunahme der Kriminalität verweisen schlicht unzutreffend. Vielmehr müsste, wenn überhaupt, auf Veränderungen der Kriminalität nach einzelnen Delikten abgestellt werden.

B. Abnehmende Rückfälle

Es würde nun zu weit führen, hier eine eigentliche kriminologische Analyse durchzuführen, doch wird im Bericht verschiedentlich auf das Ungenügen der angedrohten und ausgefallenen Strafen verwiesen, weshalb die Strafminima zu erhöhen seien. Empirisch erscheint nun klar, dass der „Erfolg“ einer Strafe sich retrospektiv an der Häufigkeit der Rückfälle messen lässt. Soweit eine Strafe überhaupt eine messbare Wirkung beim Täter auslöst, sollte sie jedenfalls die Wahrscheinlichkeit eines Rückfalles mindern. Betrachtet man sich nun die Rückfallquoten, die sich aus der schweizerischen Urteilsstatistik ergeben, so erscheint – anders als dies der Bericht unterstellt oder gar explizit behauptet – der „Erfolg“ des schweizerischen Strafjustizsystems dauernd im Zunehmen begriffen, die Rückfallquoten nämlich sind seit 30 Jahren permanent im Abnehmen begriffen, und zwar ganz unabhängig davon, ob man nach Alter, Geschlecht, Vorstrafe, Typ des Rückfalldelikts oder Schweregrad des Rückfalls unterscheidet.

Bei jeder Maschine oder jedem System, deren oder dessen Ziel die Prävention sein soll, würde das Abnehmen der Rückfallhäufigkeit als klarer Erfolg gewertet. Warum beim Strafjustizsystem nun das genaue Gegenteil gelten sollte, wird nicht klar. Tatsächlich bewirkt ein Kontakt mit der Justiz, dass die Wahrscheinlichkeit eines weiteren Deliktes sinkt. Zusätzlich **sinkt die Rückfallwahrscheinlichkeit seit 30 Jahren**, so dass eigentlich nur der Schluss bleibt, dass der Strafvollzug seine Wirkungen stetig verbessert habe.

Strafurteilsstatistik. Rückfallquote 1984-2004 nach Geschlecht



C. Schlussfolgerungen

Alleine aus diesen beiden empirischen Angaben lässt sich bereits schliessen, dass die Begründung des Berichtes, soweit **tatsächliche** Entwicklungen angesprochen werden, schlicht nicht zutreffend sind.

Wenn die Kriminalität als stabil erscheint und gleichzeitig die Rückfallquoten ständig sinken, dann erscheint deutlich, dass die Strafjustiz gut arbeitet. Deutlich wird auch, dass die „Präventionswirkung“ ständig verbessert wird.

Aus diesen beiden Tatsachen wiederum folgt, dass die vorgeschlagene **Verschärfung des Strafrechts gerade nicht präventiv orientiert sein kann**, sondern wohl einzig repressiv motiviert ist. Die von den Medien und der Politik als zu wenig streng qualifizierten Strafen sind, anders als deren Behauptung, eben gerade angemessen und erfolgreich.

6. Rechtsgüter und „Richtiger“ Rechtsgüterschutz?

Der Bericht hält fest, dass eine zunehmende Tendenz zur vermeintlichen Lösung gesellschaftlicher Probleme durch neue Straftatbestände und höhere Strafandrohungen bestehe. Ein derart umfassender Einsatz des Strafrechts könne jedoch mit dem Anliegen eines „richtigen“ bzw. verhältnismässigen Rechtsgüterschutzes kollidieren. Letztlich gehe es darum, dass die angedrohte Strafe mit dem Wert des geschützten Rechtsguts bzw. mit dem Unwert des sanktionierten Verhaltens korrelieren solle. Wo dies nicht der Fall sei, müsse dieses Missverhältnis korrigiert oder zumindest auf ein absolutes Minimum beschränkt werden.⁴¹

Damit wird suggeriert, es gebe entweder einen absoluten („dass die Strafe mit dem Wert des geschützten Rechtsguts [...] korreliert“⁴²), oder doch zumindest einen rela-

⁴¹ Bericht, S. 6.

⁴² Bericht, S. 6.

tiven Wert eines Rechtsguts („verhältnismässigen Rechtsgüterschutz“⁴³). Eine Betrachtung des Konzepts des Rechtsguts zeigt bereits, dass dies so nicht zutreffen kann:

Die Rechtsgutstheorie setzt sich mit der Frage auseinander, *was* durch das Strafrecht geschützt werden soll. Die weitgehend herrschende systemkritische Rechtsgutstheorie versucht zu identifizieren, was strafbar sein kann bzw. was nicht strafbar sein darf, indem sie Güter identifiziert, die so bedeutsam sind, dass deren Verletzung – teilweise auch schon nur deren Gefährdung – eine strafrechtliche Reaktion rechtfertigt. Bis heute ist es nicht gelungen, den Begriff des Rechtsguts klar und ohne Zirkelschlüsse zu bestimmen. Auch vermag der Begriff nicht alle Kriminalisierungen zu legitimieren: Bei Umweldelikten oder bei der Tierquälerei ist nicht ersichtlich, welches Rechtssubjekt in seinen Rechtsgütern tangiert sein könnte. Umgekehrt ist bei Strafnormen oftmals auch nicht klar, welches Rechtsgut denn damit geschützt werden soll. Es ist gerade nicht so, dass Rechtsgüter Axiome wären, vielmehr sind sie in ihrem Bestand und ihrer Gestaltung den herrschenden Vorstellungen unterworfen und damit auch fungibel. Es wäre beispielsweise ohne weiteres denkbar, dass eine Gesellschaft Schmatzen bei Tisch als derart schlimm erachtete, dass sie eine entsprechende Strafnorm einführen würde. Geschütztes Rechtsgut wären dann wohl die Tischsitten. Daran ändert auch die im Bericht angeführte, von ROXIN herstammende, Definition des Rechtsgutes nichts, wonach unter Rechtsgut alle Gegebenheiten oder Zwecksetzungen zu verstehen seien, die für die freie Entfaltung des Einzelnen, die Verwirklichung seiner Grundrechte und das Funktionieren eines auf dieser Zielvorstellung aufbauenden staatlichen Systems notwendig seien.⁴⁴ Denn das ist eine Leerformel. *Was* freie Entfaltung des Einzelnen etc. ist und *welche Gegebenheiten* und *Zwecksetzungen* dafür notwendig sind, entspricht immer nur den jeweiligen Vorstellungen einer Gesellschaft. Das können die Tischsitten genau so gut sein wie der im Bericht erwähnte Computerfrieden⁴⁵.

Nachdem bereits der Begriff des Rechtsguts deutliche Schwierigkeiten macht, scheint es gänzlich unmöglich, einem Rechtsgut einen bestimmten absoluten Wert zuzuordnen zu wollen. Völlig unklar bleibt auch, wie dieser Wert zu messen oder in welcher Einheit er anzugeben wäre.

Nun könnte man versuchen, die verschiedenen Rechtsgüter zueinander in Bezug zu setzen, um einen relativen Wert zu bestimmen (Rechtsgut X ist wertvoller als Rechtsgut Y, aber weniger wertvoll als Rechtsgut Z). Auch dies führt indes nicht weiter: *prima vista* einleuchtend wäre vielleicht noch die Aussage, das menschliche Leben sei das höchste Gut, doch kann auch dies bereits Probleme bei der Abstimmung zwischen den klassischen vorsätzlichen Tötungsdelikten und dem Tatbestand des Völkermordes machen: Mord (Art. 112 StGB) und Völkermord (Art. 264 StGB) haben identische Strafrahmen, unklar bleibt dennoch, ob das sanktionierte Verhalten *per se* gleichwertig wäre. Dies umso mehr, als Art. 264 im zwölften Titel^{bis} des StGB eingeordnet ist, in welchem die Interessen der Völkergemeinschaft geschützt werden sollen, und nicht etwa „Leib und Leben Vieler“ o.Ä.

⁴³ Bericht, S. 6.

⁴⁴ Bericht, S. 6 m.H.a. CLAUS ROXIN, Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 4. Aufl., München 2006, § 2 N 7.

⁴⁵ Bericht, S. 6. An der Stelle wird davon gesprochen, dass neue Straftatbestände und Rechtsgüter aufgrund des technischen Fortschritts – insbesondere im elektronischen Bereich – geschaffen worden seien. Paradoxerweise befasst sich die vorliegende Revision in erster Linie mit den „Klassikern“, nämlich Leib und Leben sowie Sexualdelikten.

Wie etwa der schon erwähnte Computerfriede taxiert werden sollte, bleibt auch nach Lektüre des Berichts völlig schleierhaft. Anders als der Bericht suggeriert lassen sich Rechtsgüter eben nicht einfach bewerten und die Strafandrohung rechnerisch aus diesem Wert herauslesen. Einen „richtigen“ Rechtsgüterschutz im Sinn von absolut oder relativ objektiv richtig kann es demnach nicht geben. Es überrascht denn auch nicht, dass in dieser Revision die Strafbestimmungen des Besonderen Teils des StGB – entgegen der eigenen Zielsetzung – ganz offensichtlich eben gerade nicht „einer umfassenden Überprüfung mit Blick auf den Rechtsgüterschutz beziehungsweise auf die Gewichtung der geschützten Rechtsgüter unterzogen“⁴⁶ wurde, sondern bloss ausserordentlich punktuelle Änderungen vorgeschlagen werden.

Entsprechend mutet nachgerade äusserst merkwürdig an, wenn im Bericht an zahlreichen Stellen gesagt wird, die eine oder andere Mindest- oder Höchststrafe sei „angemessen“: Man kann eben gerade nicht messen, das Gegenteil zu suggerieren ist nicht korrekt. Insofern hat die häufig vorgebrachte Begründung, etwas sei „angemessen“ keine Begründungsqualität.

7. Anpassungen von Mindeststrafen – Nicht systematisch, sondern punktuell

Dass bei Ausarbeitung der Vorlage nicht systematisch, sondern punktuell vorgegangen wurde, zeigt sich anschaulich bei der Anpassung von Mindeststrafen. Folgender Grundsatz soll für den Entwurf gelten: „Gesetzliche Mindeststrafen sind zu vermeiden, da sie das Ermessen des Gerichts einschränken und zu ungerechten Ergebnissen führen können. Trotzdem kann auf sie nicht gänzlich verzichtet werden, bringen sie doch zum Ausdruck, dass der Gesetzgeber eine Straftat oder eine Qualifikation einer solchen als erhöht strafwürdig ansieht. Sie sollten jedoch nur dann festgelegt werden, wenn sie nachvollziehbar und sinnvoll sind.“⁴⁷ Mindeststrafen von 30 Tagessätzen Geldstrafe sollen entweder ersatzlos gestrichen oder auf 90 Tagessätze Geldstrafe oder Freiheitsstrafe von drei Monaten erhöht werden. Dabei sollen die Mindeststrafen in einer „vernünftigen Relation zur Höchststrafe“ stehen.⁴⁸

Äusserst schwierig ist bereits zu sagen, wann eine Mindeststrafe sinnvoll und nachvollziehbar sei. Entsprechend enthält die Vorlage merkwürdige Ergebnisse:

- Beim Tatbestand von **Art. 231 Abs. 1** (Verbreiten von menschlichen Krankheiten) etwa wird die heute bestehende Mindeststrafe von 30 Tagessätzen Geldstrafe aufgehoben, bei **Art. 235 Ziff. 1 Abs. 2** (Gewerbsmässiges Herstellen von gesundheitsschädlichem Futter) wird sie dagegen auf 90 Tagessätze erhöht. Bei Art. 231 heisst es lapidar, die Mindeststrafe sei nicht angemessen, bei Art. 235 StGB soll hingegen dem Umstand der Gewerbsmässigkeit Rechnung getragen werden.⁴⁹ Offenbar wird dem Tierfutter ein höherer Stellenwert zugestanden als der Gesundheit von Menschen. Noch merkwürdiger erscheint dieses Vorhaben angesichts der Tatsache, dass Art. 235 StGB nicht etwa denjenigen bestraft, der mit seinem Futter Tieren schadet, sondern denjenigen, der Futter herstellt, welches für die Gesundheit der Tiere eine Gefahr darstellt. Bei Art. 231 StGB hingegen geht es um die tatsächliche Verbreitung gefährlicher übertragbarer menschlicher Krankheiten. Inwiefern dies harmonisch oder angemessen oder sinnvoll oder nachvollziehbar sein soll, ist nicht ersichtlich.

⁴⁶ Bericht, S. 5.

⁴⁷ Bericht, S. 6.

⁴⁸ Bericht, S. 6f.

⁴⁹ Bericht, S. 32.

- Bei **Gewerbsmässig begangenen Delikten** soll nun einheitlich bestraft werden: „Die Gewerbsmässigkeit wird mit sehr unterschiedlichen Mindeststrafen geahndet: Geldstrafe von 90 Tagessätzen (...), ein Jahr Freiheitsstrafe (...), oder es gibt gar keine Mindeststrafe (...). Aus diesem Grund ist die Mindeststrafe einheitlich auf sechs Monate Freiheitsstrafe festzulegen.“⁵⁰ Damit wird Unzutreffendes unterstellt: Nicht Gewerbsmässigkeit an sich wird nämlich bestraft, sondern gewerbsmässige Begehung eines Delikts, und zwar in der Regel strenger als eine einmalige Tat. Das Qualifikationsmerkmal ist also immer in Zusammenhang mit einem bestimmten Grundtatbestand zu sehen. Unterschiedliche Mindeststrafen sind also kein Fehler des Gesetzes, vielmehr ist dies durchaus sinnvoll: Gewerbsmässige Erpressung (Art. 156 Ziff. 2) scheint doch im Unrechtsgehalt schwerer zu wiegen als die gewerbsmässige Warenfälschung (Art. 155 Ziff. 2). Dass für beides nun die gleiche Mindeststrafe vorgesehen werden soll, ist weder sinnvoll noch nachvollziehbar.
- Auch an anderer Stelle werden verschiedene Strafnormen auf merkwürdigste Weise gleichgesetzt: So soll der **Missbrauch einer Fernmeldeanlage (Art. 179^{septies})** neu mit der gleichen Strafe bedroht werden wie der **Hausfriedensbruch (Art. 186)**, weil – so die Begründung – die Beunruhigungen und Belästigungen teilweise massiv sein könnten.⁵¹ Entsprechend wird die Strafandrohung von Art. 179^{septies} StGB erhöht. Erstaunlicherweise heisst es aber auf der gleichen Seite des Berichts betreffend Hausfriedensbruch: „Aufgrund des Bagatelldcharakters [!] [seien] vor der letzten AT-Revision entweder sehr kurze Freiheitsstrafen oder Bussen ausgesprochen [worden]. Der Strafrahmen [entspreche] ganz offensichtlich nicht der Rechtswirklichkeit. Aus diesem Grund [sei] die Freiheitsstrafe auf ein Jahr zu beschränken.“⁵² Es ist zumindest sehr fraglich, ob beunruhigende oder belästigende Anrufe gleichzusetzen sind mit dem unrechtmässigen Eindringen oder Verweilen in einer Wohnung. Fragwürdig ist auch die Begründung – das eine könne massiv sein, das andere habe Bagatelldcharakter. V.a. letzteres kann so nicht gesagt werden, denn berücksichtigt wurden ja eben ausschliessliche Verurteilungen nach Hausfriedensbruch alleine.⁵³ Der typische Fall eines Einbruchdiebstahls (Sachbeschädigung, Hausfriedensbruch und Diebstahl) wurde also gerade nicht berücksichtigt. Die Bevölkerung ist durch den Hausfriedensbruch in dieser Konstellation aber einerseits häufig betroffen, und andererseits sehr stark in ihrem Sicherheitsgefühl tangiert. Unzutreffend erscheint entsprechend die Formulierung, der Strafrahmen entspreche „ganz offensichtlich“ nicht der Rechtswirklichkeit. „Ganz offensichtlich“ nämlich ist, dass dies nicht „ganz offensichtlich“ ist.

Im Übrigen erstaunt, dass beim Hausfriedensbruch argumentiert wird, der Strafrahmen sei zu senken, da hier in der Regel **niedrige Strafen** ausgesprochen würden. Bei zahlreichen anderen Delikten des Entwurfes spielt gerade dies überhaupt keine Rolle. Obwohl auch bei anderen Delikten durchschnittlich tiefe Strafen ausgefällt werden, sollen dort die Strafandrohungen verschärft oder gar weit über dem Verurteilungsdurchschnitt angesetzte Mindeststrafen festgelegt werden (bspw. bei Art. 174 Ziff. 2, Verleumdung).

Ein allgemeiner Fehler des Entwurfes dürfte denn auch darin liegen, dass von imaginären konkreten Einzelfällen auf Strafrahmen geschlossen wird. So wird bspw. als Begründung für die vorgesehene **Erhöhung der Maximalstrafe für Verletzung des**

⁵⁰ Bericht, S. 17.

⁵¹ Bericht, S. 23.

⁵² Bericht, S. 23.

⁵³ Bericht, S. 10.

Amtsheimnisses (Art. 320 Ziff. 1 Abs. 1) auf 5 Jahre Freiheitsstrafe ausgeführt, dass in einem konkreten Fall 5 Jahre angemessen⁵⁴ sein könnten.⁵⁵ Ganz abgesehen von der Tatsache, dass dies keine Begründung ist, könnte man sich doch sicher auch Fälle vorstellen, wo weniger, aber auch deutlich mehr als 5 Jahre Freiheitsstrafe „angemessen“ scheinen würden. Und dies ganz einfach deshalb, weil der Begriff „angemessen“ eben überhaupt keine Hinweise auf ein mögliches Kriterium dieser Angemessenheit enthält. Entsprechend liessen sich auch Fälle denken, wo lebenslängliche Freiheitsstrafe „angemessen“ wäre oder aber auch Straffreiheit. Mit solchen gänzlich intransparenten „Überlegungen“ oder „Gründen“ können Strafrahmen niemals sinnvoll aufeinander abgestimmt werden.

8. *Rechtsvergleichung*

Zu einer systematischen Arbeit hätte gehört, entweder konsequent Rechtsvergleiche anzustellen (was zu begrüssen wäre) oder ganz darauf zu verzichten. Der Bericht entschied sich jedoch, dies nur bei „einzelnen Bestimmungen“ zu tun⁵⁶ wie bspw. beim Hausfriedensbruch (Art. 186 StGB) oder der Nichtanzeigen eines Fundes (Art. 332 StGB).

Dies ist unbefriedigend und entspricht wiederum dem punktuellen, unsystematischen Vorgehen, das wir bereits moniert haben. Weder wurde rechtvergleichend untersucht, wie andere Länder ihr Strafrahmensystem aufbauen, noch werden die einzelnen Bestimmungen konsequent verglichen. Dort, wo ein Rechtsvergleich ange stellt wurde, ist nicht ersichtlich weshalb, und es ist auch nicht ersichtlich, weshalb bei anderen Normen keiner erfolgte.

Nur ein Beispiel: Zum Hausfriedensbruch (Art. 186 StGB) wird gesagt, das schweizerische Strafmass sei zusammen mit dem italienischen das höchste. Doch kennt zumindest Österreich für bestimmte Varianten des Hausfriedensbruches in § 109 Abs. 3 A-StGB ebenfalls eine Höchststrafe von 3 Jahren Freiheitsentzug.

9. *Hinwendung zu einem Erfolgsstrafrecht*

Besorgniserregend erscheint auch die Hinwendung zum Erfolgsstrafrecht, die in dieser Vorlage zum Ausdruck kommt.

Vor rund einem Jahr wurde eine Parlamentarische Initiative eingereicht, die tatsächlich verlangt, dass Art. 19 StGB – Schuldunfähigkeit und verminderte Schuldfähigkeit – zu streichen sei.⁵⁷

Man muss sich bewusst sein, dass solches einen fundamentalen Angriff auf das Strafrecht wie wir es kennen darstellt: Nach heutigem Verständnis hat der Delikttaufbau drei Komponenten: Tatbestandsmässigkeit, Schuld und Rechtswidrigkeit. Nur wenn alle drei Komponenten gegeben sind, kann eine Verurteilung zu einer Strafe erfolgen. „Schuld“ ist dabei nicht im umgangssprachlichen Sinne zu verstehen, sondern als Vorwerfbarkeit der Tat.⁵⁸ Bis jetzt war völlig unumstritten, dass jemand nur bestraft werden kann, wenn man ihm seine Tat auch vorwerfen kann; wer das, was von ihm rechtlich gefordert wird, gar nicht tun *kann*, der kann nicht bestraft

⁵⁴ Zur Problematik des „Angemessenen“ siehe oben.

⁵⁵ Bericht, S. 46.

⁵⁶ Bericht, S. 11.

⁵⁷ Parlamentarische Initiative 09.500, eingereicht am 2.12.2009 von ANDREA GEISSBÜHLER, 39 Mitunterzeichnende.

⁵⁸ Statt vieler: GÜNTER STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat, Bern 2005, § 8 N 23.

werden (*nulla poena sine culpa*). Würde das Erfordernis der Schuld aufgegeben, hätte dies zur Folge, dass für die Strafbarkeit nur noch entscheidend wäre, dass eine Person einen Erfolg kausal verursacht hat. Konsequenterweise müssten dann auch die subjektiven Tatbestandsmerkmale aufgegeben (und höchstens noch bei der Strafzumessung berücksichtigt) werden. Jemanden für etwas zu bestrafen, dass man ihm aber nicht vorwerfen kann, sollte für eine rechtsstaatliche, aufgeklärte Gesellschaft ein unerträglicher Gedanke sein.

Der Entwurf geht zwar nicht so weit, doch wird bei der Abwägung von Handlungs- und Erfolgsunrecht dem Erfolg grosses Gewicht zugemessen, insbesondere so bezüglich der Frage nach dem „richtigen“ Strafraumen: *„Bei der fahrlässigen Tötung und fahrlässigen schweren Körperverletzung (Art. 117 und Art. 125 Abs. 2) sollen die Höchststrafen von drei auf fünf Jahre Freiheitsstrafe angehoben werden, auch um die Diskussion betreffend die schwierige Abgrenzung zwischen bewusster Fahrlässigkeit und Eventualvorsatz zu entschärfen (...)“*⁵⁹ Dazu ist vorab zu sagen, dass die angesprochene Schwierigkeit kein dogmatisches, sondern in der Regel ein Beweisproblem ist. Deutlich wird aber, wie die Vorwerfbarkeit aus dem Spiel genommen wird, entscheidend soll nur mehr die Tatsache sein, dass ein Mensch getötet oder schwer verletzt wurde. Das Willenselement dagegen, also die Frage, ob ein Täter darauf vertraut hat, dass der Erfolg nicht eintrete, oder ob er den Erfolgseintritt für möglich hielt und in Kauf nahm, bedeutet punkto Vorwerfbarkeit doch ganz offensichtlich nicht dasselbe.

Die angestrebte Erhöhung der Maximalstrafe für fahrlässigen Körperverletzung wird weiter damit begründet, der Erfolg einer fahrlässigen schweren Körperverletzung sei zwar weniger gravierend als bei der fahrlässigen Tötung, aber oft nur vom Zufall abhängig (wohl meinent: nur vom Zufall abhängig, dass keine Tötung erfolgte). Zudem könne die Pflege eines schwer verletzten Opfers für die Angehörigen ebenso belastend sein wie der Verlust eines Familienmitglieds.⁶⁰ Überdeutlich wird hier die Nähe zum Erfolgsstrafrecht: Richtig ist durchaus, dass sich der Erfolgsunwert von fahrlässiger Körperverletzung und fahrlässiger Tötung unterscheiden. Der Bericht aber argumentiert nun aber nicht etwa über den Handlungsunwert, sondern geht zwar vom Erfolgsunwert aus, gleicht aber den Erfolgsunwert der fahrlässigen Körperverletzung implizit demjenigen der fahrlässigen Tötung an. Bestraft werden soll der Täter in dieser Konzeption entsprechend *für das Zufällige*, nicht für sein Verschulden. Das darf nicht sein.⁶¹

Die Aussage bezüglich Pflege Schwerverletzter – man hat wohl dauernd Pflegebedürftige im Blick – ist ebenfalls befremdend: Wer sagt, dass die Pflege eines Opfers für die Angehörigen nicht noch belastender sein kann, als dessen Tod? Wie misst und vergleicht man „Belastung“? Wäre in dem Fall eine höhere Strafe auszusprechen als im Fall einer Tötung?

Der Fehler liegt erkennbar darin, die „Belastung“ der Angehörigen miteinbeziehen zu wollen, oder mit anderen Worten eine Art mittelbaren Eingriff des Täters in die Interessen oder Gefühle (von Rechtsgütern kann hier wohl kaum gesprochen werden) unklar umgrenzter Dritter. Damit wird jegliche Begrenzungsfunktion der

⁵⁹ Bericht, S. 8.

⁶⁰ Bericht, S. 15.

⁶¹ Merkwürdigerweise wird bei der beabsichtigten Streichung von Art. 263 StGB demgegenüber gerade gegenteilig argumentiert, die Bestimmung sei mit einem Schuldstrafrecht nicht vereinbar (Bericht, S. 39). Auch hier wieder ein Beleg für die unsystematische, flatterhafte Vorgehensweise.

Rechtsgutstheorie – welche dieser Revision nach eigener Aussage zu Grunde liegen soll⁶² – gesprengt. Das ist entschieden abzulehnen.

10. Unzufriedenheit und Misstrauen gegenüber den Gerichten

A. Strafrahmen

Am 27.4.2009 reichte Nationalrat JOSITSCH das Postulat 09.3366 „Überprüfung der Gerichtspraxis bezüglich Ausschöpfung der Strafrahmen“ ein, welches den Bundesrat beauftragte, eine Studie zu erstellen, in der evaluiert werde, inwiefern die Strafgerichte die vom Gesetzgeber vorgesehenen Strafrahmen ausschöpften. Die Begründung: Wiederholt werde in der Öffentlichkeit der Vorwurf laut, dass Gerichte insbesondere bei Gewalt- und Sexualstraftaten zu tiefe Strafen ausfällen würden und dass deshalb die Strafrahmen nach oben zu erweitern seien. Gleichzeitig gebe es indes Hinweise, dass die Gerichte die bereits bestehenden Strafrahmen gar nicht ausschöpften und bei einzelnen Delikten auch in schwerwiegenden Fällen das oberste Drittel, teilweise die obere Hälfte des Strafrahmens gar nicht ausnützten. Sollte dies so sein, würde die aktuelle Strafrahmendiskussion ins Leere stossen.⁶³ Zu vermerken ist hier wiederum die Verwendung des Begriffs „Öffentlichkeit“, die Medien und Politik meinen kann, nicht aber die Bevölkerung und ihre Einstellung. Die nämlich erscheinen – nach der vorstehend zitierten Forschung – ganz anders zu sein.

Im Bericht zur Harmonisierung wurden denn statistischen Angaben zu den Verurteilungen von erwachsenen Personen für die Zeitperiode 1984-2006 berücksichtigt, allerdings nur Verurteilungen nach ausschliesslich der jeweiligen Bestimmung (was in der Praxis die Ausnahme darstellen dürfte). Allgemein, so der Bericht, lasse sich feststellen, dass sich Urteile – von wenigen Ausnahmen abgesehen – nur vereinzelt in der oberen Hälfte befänden; meistens lägen sie weit unter dieser Grenze. Tatsache sei, dass die Gerichte die gegebenen Strafrahmen in aller Regel bei weitem nicht ausschöpften.⁶⁴

Implizit scheint man mit den Gerichten unzufrieden, da sie zu milde Urteile fällen würden. Der Bericht scheint sich dem Postulat JOSITSCH anzuschliessen, das sich auf den Nenner bringen lässt, nicht die Strafrahmen, sondern die Gerichte seien das Problem. Der Bericht erkennt indes, dass er den Gerichten gegenüber keine Weisungsbefugnis hat (vgl. Art. 6 Abs. 1 EMRK, Art. 30 Abs. 1 BV sowie Art. 2 Abs. 1 und Art. 4 StPO). Deshalb kann er die Strafrahmendiskussion eben nicht ins Leere stossen lassen, sondern nimmt sie relativ offen als Möglichkeit wahr zur Einflussnahme auf die Gerichte im Bestreben, die gewünschte Verschärfung des Strafrechts erreichen.

Die gewählte Methode der „Qualitätskontrolle“ der Rechtsprechung erscheint indes absolut untauglich. Aus der Tatsache, dass der grösste Teil der Urteile im unteren Bereich der Strafrahmen liegt, kann in keiner Weise geschlossen werden, die Strafen seien nicht schuldangemessen. In Erinnerung zu rufen ist, dass ein Gericht immer nur einen Einzelfall beurteilt, und dabei die Strafe nach den bekannten Kriterien der Art. 47 ff. StGB zumisst.⁶⁵ Das tut es innerhalb des gegebenen Strafrahmens – der im Allgemeinen sehr weit gefasst ist – auf Grundlage der Schuld unter Berücksichtigung der spezial- und generalpräventiven Bedürfnisse. Der Strafrahmen selbst enthält keinen Massstab für die Einordnung des konkreten Einzelfalls in ihm; innerhalb des

⁶² Vgl. Bericht, S. 6.

⁶³ Abrufbar unter http://www.parlament.ch/D/Suche/Seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20093366.

⁶⁴ Bericht, S. 10.

⁶⁵ Eingehend dazu BSK StGB²-WIPRÄCHTIGER, Art. 47 (insbesondere N 32 ff.).

Strafrahmens gibt es keine bestimmte Bezugsgrösse, von welcher der Tatrichter bei der Bewertung des Sachverhalts ausgehen könnte. Wenn das Verschulden nicht besonders schwer wiegt, siedelt die schweizerische Praxis die Strafe in der Regel im unteren bis mittleren Teil des gegebenen Rahmens an. Hohe und Höchststrafen sind nur ausnahmsweise und bei sehr schwerem Verschulden auszusprechen, und müssen entsprechend begründet werden können. Dass sich die Gerichte eher am unteren Teil des Strafrahmens orientieren ergibt sich schon daraus, dass die Eignung der Strafe zur Erreichung der gewünschten Präventiveffekte skeptisch eingeschätzt wird.⁶⁶ Das ergibt sich aber auch aus dem Verhältnismässigkeitsgebot und dem Prinzip des mass- und sinnvollen Strafens. Klar abzulehnen ist hingegen eine Orientierung am „Statistischen Durchschnittsfall“.⁶⁷

In der Antwort auf das genannte Postulat JOSITSCH war sich der Bundesrat dessen noch bewusst und schrieb: „Die mehrheitliche Ausfällung der Strafen im unteren Bereich der Strafrahmen hängt vermutlich damit zusammen, dass dort die Fälle bei Weitem nicht das Maximum der vorstellbaren Schwere der jeweils strafbaren Handlung erreicht und die Strafrahmen in der Regel sehr weit gefasst sind (z. B. Freiheitsstrafe von einem bis zehn Jahren oder Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe). Damit wird den Gerichten ein grosser Ermessensspielraum eingeräumt, was ihnen ermöglicht, eine dem Einzelfall angemessene Strafe auszufällen.“⁶⁸ Diese Einsicht scheint bei der Ausarbeitung des vorliegenden Entwurfs völlig verschwunden zu sein.

Es gibt mithin keinen sachlichen Grund,⁶⁹ die Arbeit der Gerichte in der Art und Weise zu kritisieren und darauf Einfluss nehmen zu wollen, wie das mit dem vorliegenden Entwurf geschieht.

B. Gerichtliches Ermessen

Geradezu ungeheuerlich ist Begründung der vorgesehenen Änderung von „kann“- zu „ist“-Vorschriften, mit der Rechtsunsicherheit.⁷⁰ Eine derartige Begründung nämlich unterstellt, dass richterliches Ermessen gleichbedeutend sei mit Rechtsunsicherheit.⁷¹ Wollte man dieser Logik folgen, so müsste man doch wohl das richterliche Ermessen insgesamt abschaffen und für das gesamte Strafrecht Strafkataloge wie im Anhang 1 zur OBV⁷² einführen. Das hätte mit einem Schuldstrafrecht allerdings nicht mehr viel gemein.

Wie sehr den Gerichten misstraut wird, zeigt folgende Aussage zu **Art. 187 (Sexuelle Handlungen mit Kindern)**: „Die Einführung einer Mindeststrafe könnte zur Folge haben, dass die Gerichte den Begriff der sexuellen Handlung neu definieren und nur noch mittlere und schwere Übergriffe sanktionieren würden.“⁷³ Ähnlich und fast noch schlimmer auch beim Raub (Art. 140): „Ebenfalls ist in Betracht zu ziehen, dass bei so hohen Mindeststrafen die Bestimmung durch die Gerichte restriktiv ausgelegt wird, sodass sie kaum zur Anwen-

⁶⁶ Vgl. dazu vorne S. 12 ff. (kriminologische Erkenntnisse).

⁶⁷ Zum Ganzen: BSK StGB²-WIPRÄCHTIGER, Art. 47 N 15 f. m.w.H.

⁶⁸ Abrufbar unter http://www.parlament.ch/D/Suche/Seiten/geschaeft.aspx?gesch_id=20093366.

⁶⁹ Vgl. dazu vorne S. 12 ff. (kriminologische Erkenntnisse).

⁷⁰ Bericht, S. 7

⁷¹ Vgl. in diesem Zusammenhang auch die Motion 10.3614 „Rechtssicherheit in Bezug auf Pyroschmuggler schaffen“, eingereicht von KURT FLURI am 18.6.2010, welche sich daran stört, dass ein Einzelrichter ein Gesetz anders auslegte als die Staatsanwaltschaft. Das wird als Rechtsunsicherheit erkannt (!), was auf Lücken im Sprengstoffgesetz hinweise! Im Ergebnis wird aber auch da nichts anderes als eine Ausdehnung der Strafbarkeit verlangt.

⁷² Ordnungsbussenverordnung vom 4. März 1996 (OBV; SR 741.031).

⁷³ Bericht, S. 9.

„... gelangt. Oder das Gericht mildert die Strafe infolge einer verminderten Schuldfähigkeit und ist an die Mindeststrafe nicht gebunden (Art. 48a). Das ist auch der Grund, warum vorliegend nahezu alle ausschliesslichen Verurteilungen unterhalb der Mindeststrafe liegen.“⁷⁴ Es erscheint doch nachgerade unglaublich, wie hier – nicht von Politikern oder von Parteien, sondern in einem Bericht des Bundesrates – von den Gerichten gesprochen wird. Es klingt geradezu, als suchten die Gerichte absichtlich nach Tricks, um die Täter möglichst nicht bestrafen zu müssen. Es wird sogar unterstellt, die Gerichte nähmen eine verminderte Schuldfähigkeit nach Belieben an, wie es ihnen gerade passt. Wenn Exekutive und Legislative die dritte Gewalt tatsächlich als Gegner wahrnehmen, erscheint dies mehr als nur besorgniserregend.

11. Aufhebung von Strafnormen

Erklärtes Ziel des Revisionsvorhabens ist weiter, einzelne Strafnormen aufzuheben. Dies wird einerseits mit geänderten Wert- und Moralvorstellungen der Gesellschaft begründet, andererseits auch mit den Strafurteilsstatistiken. Weiter gebe es Strafbestimmungen, die überflüssige Präzisierungen enthielten oder sich mit anderen Strafnormen überschneiden. Die Streichung solcher obsoleter, überflüssiger Strafnormen habe aber nicht immer Straffreiheit zur Folge, sondern zuweilen auch, dass neu ganz oder teilweise andere Bestimmungen zur Anwendung gelangten.⁷⁵

Aufgehoben werden sollen insbesondere Strafnormen, die kaum zu Verurteilungen geführt haben. Sie seien deshalb obsolet. Aus dem StGB handelt es sich um folgende Artikel: Art. 116 (Kindstötung), 213 (Inzest), 275^{bis} (Staatsgefährliche Propaganda), 275^{ter} (Rechtswidrige Vereinigung), 276 (Aufforderung und Verleitung zur Verletzung militärischer Dienstpflichten), 277 (Fälschung von Aufgeboten oder Weisungen), 278 (Störung des Militärdienstes), 325^{bis} (Widerhandlungen gegen die Bestimmungen zum Schutz der Mieter von Wohn- und Geschäftsräumen), 326^{bis} (Anwendung auf juristische Personen, Handelsgesellschaften und Einzelfirmen; Ziff. 2. Im Falle von Artikel 325^{bis}), 328 (Nachmachen von Postwertzeichen ohne Fälschungsabsicht), 329 (Verletzung militärischer Geheimnisse), 330 (Handel mit militärisch beschlagnahmtem Material) und 331 (Unbefugtes Tragen der militärischen Uniform). Immerhin rund 10% aller Bestimmungen des Besonderen Teiles.

Nun ist das Argument, es gäbe nur wenige Urteile (die Grenze scheint bei einem jährlichen Mittelwert von vier oder weniger Urteilen zu liegen), ein sehr merkwürdiges. Die Anzahl der Verurteilungen kann nicht ausschlaggebend für den Bestand einer Bestimmung sein, ansonsten müsste man noch ganz andere Strafnormen eliminieren. Folgende Tabelle zeigt alle **Straftatbestände des StGB, die im Mittel weniger als vier Verurteilungen pro Jahr verzeichnen. Hervorgehoben sind sie zur Aufhebung vorgesehenen Bestimmungen:**

Straftatbestände mit durchschnittlich 4 oder weniger Urteilen / Jahr Strafurteile 1984-2009.

Artikel	Bezeichnung	Urteile	Durchschnitt
262	Störung des Totenfriedens	116	4
179 ^{ter}	Unbefugtes Aufnehmen von Gesprächen	111	4
231	Verbreiten menschlicher Krankheiten	104	4
260 ^{ter}	Kriminelle Organisation (in Kraft: 01.08.1994)	62	4
213	Inzest	97	4

⁷⁴ Bericht, S. 17f.

⁷⁵ Vgl. Bericht, S. 7.

179 ^{sexies}	Inverkehrbringen und Anpreisen von Abhör-, Ton- und Bildaufnahmegeräten	95	4
226	Herstellen, Verbergen, Weiterschaffen von Sprengstoffen und giftigen Gasen	89	3
314	Ungetreue Amtsführung	87	3
261	Störung der Glaubens- und Kultusfreiheit	86	3
230	Beseitigung oder Nichtanbringung von Sicherheitsvorrichtungen	82	3
215	Mehrfache Ehe	81	3
152	Unwahre Angaben über kaufmännische Geschäfte	40	3
182	Menschenhandel (in Kraft: 01.12.2006)	80	3
321	Verletzung des Berufsgeheimnisses	76	3
127	Aussetzung	76	3
162	Verletzung des Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisses	72	3
153	Unwahre Angaben gegen Handelsregisterbehörden (in Kraft: 1.1.1995)	40	2.67
179 ^{bis}	Abhören und Aufnehmen fremder Gespräche	64	2
305 ^{ter}	Mangelnde Sorgfalt bei Finanzgeschäften und Melderecht (in Kraft: 01.08.1990)	49	2
243	Nachmachen von Banknoten, Münzen oder amtlichen Wertzeichen ohne Fälschungsabsicht	63	2
151	Arglistige Vermögensschädigung (in Kraft: 1.1.1995)	33	2
259	Öffentliche Aufforderung zu Verbrechen oder zur Gewalttätigkeit	50	2
322 ^{quater}	Sich bestechen lassen (in Kraft: 01.05.2000)	16	2
227	Verursachung einer Ueberschwemmung oder eines Einsturzes	41	2
278	Störung des Militärdienstes	37	1.42
228	Beschädigung von elektrischen Anlagen, Wasserbauten und Schutzvorrichtungen	36	1.38
246	Fälschung amtlicher Zeichen	36	1.38
170	Erschleichung eines gerichtlichen Nachlassvertrages	32	1.23
318	Falsches ärztliches Zeugnis	30	1.15
271	Verbotene Handlungen für einen fremden Staat	29	1.12
273	Wirtschaftlicher Nachrichtendienst	28	1.08
322 ^{sexies}	Vorteilsannahme (in Kraft: 01.05.2000)	10	1
272	Politischer Nachrichtendienst	21	0.81
175	Üble Nachrede oder Verleumdung gegen einen Verstorbenen oder einen verschollen Erklärten	17	0.65
260 ^{quater}	Gefährdung der öffentlichen Sicherheit mit Waffen (in Kraft: 01.01.1999)	7	0.64
161	Ausnützen der Kenntnis vertraulicher Tatsachen (in Kraft: 1.7.1988)	14	0.64
256	Grenzverrückung	16	0.62
114	Tötung auf Verlangen	16	0.62
179 ^{novies}	Unbefugtes Beschaffen von Personendaten (in Kraft: 01.07.1993)	10	0.59
116	Kindestötung	13	0.50
301	Nachrichtendienst gegen fremde Staaten	10	0.38
241	Geldverfälschung	9	0.35
313	Gebührenüberforderung	9	0.35
168	Bestechung bei Zwangsvollstreckung	7	0.27
115	Verleitung und Beihilfe zum Selbstmord	6	0.23
281	Wahlbestechung	6	0.23
283	Verletzung des Abstimmungs- und Wahlgeheimnisses	6	0.23
247	Fälschungsgeräte; unrechtmässiger Gebrauch von Geräten	6	0.23
322 ^{quinquies}	Vorteilsgewährung (in Kraft: 01.05.2000)	2	0.2
322 ^{septies}	Bestechung fremder Amtsträger (in Kraft: 01.05.2000)	2	0.2
268	Verrückung staatlicher Grenzzeichen	5	0.19
270	Tätliche Angriffe auf schweizerische Hoheitszeichen	5	0.19
277	Fälschung von Aufgeboten oder Weisungen	5	0.19
232	Verbreiten von Tierseuchen	4	0.15
257	Beseitigung von Vermessungs- und Wasserstandszeichen	4	0.15
274	Militärischer Nachrichtendienst	4	0.15

269	Verletzung schweizerischer Gebietshoheit	3	0.12
233	Verbreiten von Schädlingen	2	0.08
298	Tätliche Angriffe auf fremde Hoheitszeichen	2	0.08
276	Aufforderung und Verleitung zur Verletzung militärischer Dienstpflichten	1	0.04
296	Beleidigung eines fremden Staates	1	0.04
235	Herstellen von gesundheitsschädlichem Futter	1	0.04
248	Fälschung von Mass und Gewicht	1	0.04
275	Angriffe auf die verfassungsmässige Ordnung	1	0.04
161 ^{bis}	Kursmanipulation (in Kraft: 1.2.1997)	0	0
192 ^(193 aStGB)	Sexuelle Handlungen mit Anstaltspfinglingen, Gefangenen	0	0
226 ^{bis}	Gefährdung durch Kernenergie, Radioaktivität und ionisierende Strahlen (in Kraft: 01.02.2005)	0	0
226 ^{ter}	Strafbare Vorbereitungshandlungen (in Kraft: 01.02.2005)	0	0
236	Inverkehrbringen von gesundheitsschädlichem Futter	0	0
249	Einziehung	0	0
250	Geld und Wertzeichen des Auslandes	0	0
255	Urkunden des Auslandes	0	0
260 ^{quinquies}	Finanzierung des Terrorismus (in Kraft: 01.10.2003)	0	0
264	Völkermord (in Kraft: 15.12.2000)	0	0
265	Hochverrat	0	0
266	Angriffe auf die Unabhängigkeit der Eidgenossenschaft	0	0
266 ^{bis}	Gegen die Sicherheit der Schweiz gerichtete ausländische Unternehmungen und Bestrebungen	0	0
267	Diplomatischer Landesverrat	0	0
275 ^{bis}	Staatsgefährliche Propaganda	0	0
275 ^{ter}	Rechtswidrige Vereinigung	0	0
282 ^{bis}	Stimmenfang	0	0
294	Übertretung eines Berufsverbotes	0	0
297	Beleidigung zwischenstaatlicher Organisationen	0	0
299	Verletzung fremder Gebietshoheit	0	0
300	Feindseligkeiten gegen einen Kriegführenden oder fremde Truppen	0	0
321 ^{bis}	Berufsgeheimnis in der medizinischen Forschung (in Kraft: 01.07.1993)	0	0
325 ^{bis}	Widerhandlungen gegen die Bestimmungen zum Schutz der Mieter von Wohn- und Geschäftsräumen	n/a	n/a
326 ^{bis}	Anwendung auf juristische Personen, Handelsgesellschaften und Einzelfirmen 2. Im Falle von Art. 325 ^{bis}	n/a	n/a
328	Nachmachen von Postwertzeichen ohne Fälschungsabsicht	n/a	n/a
329	Verletzung militärischer Geheimnisse	n/a	n/a
330	Handel mit militärisch beschlagnahmtem Material	n/a	n/a
331	Unbefugtes Tragen der militärischen Uniform	n/a	n/a

Wie diese Tabelle eindrücklich zeigt, kann die Anzahl von Strafurteilen für die Entscheidung zu ihrer Aufhebung nicht entscheidend gewesen sein.

Selbstverständlich ändert sich der Kreis der mit Strafe bedrohten Verhaltensweisen fortwährend, ebenso wie die soziale Ordnung. Auch bleibt immer ein Spielraum, was als Straftatbestand ins das Gesetz aufgenommen werden soll. Es besteht aber ein Begründungszwang: Dargelegt werden muss, dass und weshalb es notwendig ist, eine bestimmte Handlung oder Unterlassung unter Strafe zu stellen.⁷⁶ Umgekehrt muss auch begründet werden, weshalb eine Strafnorm wieder aufgehoben wird, während andere belassen werden.

⁷⁶ STRATENWERTH (Fn. 58), § 3 N 1.

Es geht also um die Frage des materialen Verbrechensbegriffs. Ein formaler Begriff hilft hier nicht weiter, denn er beschränkt sich auf die Aussage, dass ein Verbrechen ist, was im Gesetz als solches definiert wird. Bis heute ist nicht gelungen, eine eindeutige und theoretisch befriedigende Lösung zu finden. In der Regel wird man sich – wie vorliegend in den einleitenden Ausführungen zum Bericht⁷⁷ – auf die Rechtsgutstheorien berufen, deren Schwierigkeiten bereits angesprochen wurden. Wie auch immer man einen materialen Verbrechensbegriff fassen will, immer geht es um die Frage, inwieweit ein bestimmtes Interesse eine strafrechtliche Reaktion bei Verletzung oder Gefährdung verdient. Wenn Strafnormen überprüft werden, muss untersucht werden, ob ein so geartetes Interesse als bestehend erachtet wird. Wenn nicht, muss die Bestimmung aufgehoben werden. Ist man umgekehrt der – im genannten Sinne rational begründeten und auf anerkanntswerten Überlegungen⁷⁸ beruhenden – Ansicht, dass das verpönte Verhalten inskünftig nicht ohne strafrechtliche Reaktion⁷⁹ hingenommen werden soll, dann ist die Norm aufrechtzuerhalten. Solches könnte man beispielsweise beim Inzest tun in der Meinung, dass einen nicht zu kümmern brauche, was einvernehmlich und freiwillig geschieht. Auch wenn allfällige biologische oder familienpsychologische Bedenken damit nicht ausgeräumt wären. Ob aber die Gründung einer Vereinigung akzeptabel erscheint, die bezweckt die verfassungsmässige Ordnung zu gefährden (vgl. den aufzuhebenden Art. 275^{ter} StGB), darf zumindest in Zweifel gezogen werden.

Was veränderte Moralvorstellungen betrifft, so sucht man in den Ausführungen zu den einzelnen aufzuhebenden Strafnormen des Berichts weitestgehend vergeblich. Fündig wird z.B. man bei Art. 306 (Falsche Beweisaussage der Partei) und Art. 307 (Falsches Zeugnis, falsches Gutachten, Falsche Übersetzung), jeweils in der Variante „mit einem Eid oder einem Handgelübde“ (was sich strafscharfend auswirkt). Dies sei nicht mehr zeitgemäss und komme auch in der neuen ZPO nicht mehr vor.⁸⁰ Das aber ist wiederum weit entfernt von einer systematischen Vorgehensweise.

Bei der Kindestötung (Art. 116) könnte allenfalls noch ein Hinweis auf geänderte Moralvorstellungen geortet werden. Ausgerechnet hier aber soll dies paradoxerweise zur Aufhebung einer – dem Bericht nach nicht mehr gerechtfertigten – Privilegierung und der Verdreifachung der oberen Strafgrenze führen! Auch andere Privilegierungen sollen aufgehoben werden: So etwa Bestimmungen, in denen in leichten (Art. 123 Ziff. 1 Abs. 2, Art. 225 Abs. 2) oder besonders leichten Fällen die Strafe gemildert werden kann (Art. 251 Ziff. 2), die Begehung mit einer privilegierten Strafe bedroht wird (Art. 240 Abs. 2, Art. 241 Abs. 2), oder der Richter von Strafe absehen kann (Art. 171 Abs. 2: Gerichtlicher Nachlassvertrag, oder Art. 304 Ziff. 2: Irreführung der Rechtspflege). Aufgehoben werden weiter Bestimmungen, die eine Straffreiheit vorsehen, wenn das Opfer eines Sexualdeliktes den Täter heiratet (Art. 188 Ziff. 2, 192 Abs. 2, 193 Abs. 2).

Andere Bestimmungen sollen nur deshalb aufgehoben werden, weil sie mit anderen Bestimmungen zusammengeführt werden: Art. 238 (Störung des Eisenbahnverkehrs), Art. 241 (Geldverfälschung), Art. 140 Ziff. 2 (Raub), Art. 222 Abs. 2 (Fahrlässige Verursachung einer Feuersbrunst), Art. 242 Abs. 2 (In Umlaufsetzen falschen Geldes), 244 Abs. 2 (Einführen, Erwerben, Lagern falschen Geldes), Art. 247 Abs. 2 (Fälschungsgeräte; unrechtmässiger Gebrauch von Geräten).

⁷⁷ Bericht, S. 6.

⁷⁸ STRATENWERTH (Fn. 58) § 3 N 13 meint dazu klar: „blosse Mehrheitsmeinungen genügen nicht.“

⁷⁹ Wobei die strafrechtliche Reaktion aufgrund ihrer Eingriffsintensität *ultima ratio* sein muss.

⁸⁰ Vgl. Bericht, S. 44.

Art. 150^{bis} (Herstellen und Inverkehrbringen von Materialien zur unbefugten Entschlüsselung codierter Angebote) soll im StGB nur aufgehoben werden, um ins FMG überführt zu werden.

Schliesslich sollen noch Art. 263 (Verübung einer Tat in selbstverschuldeter Unzurechnungsfähigkeit) und Art. 332 (Nichtanzeigen eines Fundes) aufgehoben werden, weil dieser unlogisch ausgestaltet, jener aber mit einem Schuldstrafrecht nicht vereinbar sei.

Insgesamt ergibt sich damit, dass sich hinter dem Titel „Aufhebung“ von (wie ausgeführt immerhin rund 10% aller) Strafnormen (des Besonderen Teiles des STGB) keinesfalls eine Liberalisierung, sondern im Gegenteil in erster Linie eine Verschärfung des Strafrechts verbirgt. Bereits ausgeführt wurde, dass eine derartige Verschärfung kriminalstatistisch nicht zu rechtfertigen ist. Wollte man sie aber werttheoretisch begründen, so wäre doch wirklich mehr zu erwarten als die lapidare Behauptung „geänderter Moralvorstellungen“.

12. Revision des Sanktionensystems

Wie der Bericht festhält, schickte der Bundesrat am 30. Juni 2010 eine Vorlage zur Revision des Allgemeinen Teils des StGB in die Vernehmlassung, um der Kritik am per 2007 totalrevidierten Allgemeinen Teil Rechnung zu tragen.⁸¹ Hier soll nicht auf die Problematik jener Revision eingegangen werden (immerhin wurde 25 Jahre lang revidiert und es wirkt höchst befremdlich, dass innert kürzester Zeit nach Inkrafttreten diese Revision wieder zurückgenommen werden soll, ganz so, als habe man davor nichts davon gewusst). Festzustellen bleibt aber, dass das zunehmende Revisionsstempo höchst problematisch ist, führt es doch dazu, dass ein wichtiges Spezifikum des Rechts unter Druck gerät: Dessen deutlich langsameres Änderungstempo gegenüber der Geschwindigkeit gesellschaftlicher Entwicklungen. Es ist die Langsamkeit der Änderungen, die eine der wesentlichsten Funktionen des Rechts erlaubt, nämlich die Schaffung von Sicherheit.⁸²

Die Revision des Besonderen und diejenige des Allgemeinen Teils des StGB beeinflussen sich gegenseitig. Dies wird auch aus dem Bericht deutlich.⁸³ Es erscheint entsprechend nicht nur problematisch, sondern falsch, die Revisionsvorhaben in zwei separaten Vorlagen vorzulegen, die gleichzeitig in der Schwebe sind. Beide Vorlagen beeinflussen sich gegenseitig, und an beiden wird gleichzeitig „herumgewerkelt“. Das birgt die eminente Gefahr von Widersprüchen, Unstimmigkeiten und Systemwidrigkeiten. So geht die vorliegende Revision zweifelsfrei davon aus, dass in Zukunft wieder kurze Freiheitsstrafen möglich sind, diese Strafen aber nur noch bis zu zwei Jahren (teil-)bedingt ausgesprochen werden können. Das sind gegenwärtig reine Annahmen (und angesichts der strafrechtsdogmatischen Qualität der beiden Vorlagen sollten sie wohl zum grossen Teil auch bleiben).

Es ergibt mithin keinerlei Sinn, die beiden Revisionsvorhaben getrennt durchführen zu wollen. Wenn schon revidiert werden soll, dann systematisch und kohärent.

⁸¹ So wollten Einzelne schon nach weniger als drei Monaten wissen, dass das neue Sanktionensystem nicht funktioniere, vgl. die Parlamentarische Initiative 07.428 „Strafrechtsrevision rückgängig machen bezüglich Strafsystematik“, eingereicht von LUZI STAMM am 23.3.2007

⁸² Vgl. MARCEL ALEXANDER NIGGLI, Einleitung zum StGB und zur StPO, in: DERS. (Hrsg.), StGB, StPO: Schweizerisches Strafgesetzbuch, Strafprozessordnung und Nebenerlasse, Basel 2009, XI-XXXIV, XVI.

⁸³ Vgl. Bericht, S. 11.

III. Zu den einzelnen Bestimmungen

1. Ad Art. 116 StGB Kindestötung

Diese Bestimmung soll aufgehoben werden mit der Begründung, dass sich die gesellschaftliche und finanzielle Situation lediger werdender Mütter heute grundlegend anders darstelle und Gründe wie die Ablehnung der Schwangerschaft durch den Erzeuger und/oder die Familie, finanzielle Notlage, berufliche Situation, Scham u.ä. für einen spezifischen Strafmilderungsgrund im Rahmen der Tötungsdelikte zweifelhaft erschienen. Die Tat soll künftig nach den Art. 111-113 StGB geahndet werden.⁸⁴

Die Strafmilderung in Sachverhalten von Art. 116 StGB erfolgt primär aufgrund der aussergewöhnlichen Situation, in der sich die (nicht zwingend ledige) Mutter während der Geburt bzw. unter Einfluss des Geburtsvorganges befindet. Zudem geht die Lehre davon aus, dass ein Kind bei oder kurz nach der Geburt besonders angreifbar ist, weil es kaum zu menschlichem Leben erwacht ist und eine eigentliche Mutter-Kind-Beziehung noch fehlt.⁸⁵ Beruht der Tatentschluss auf einem der genannten Gründe wie finanzielle Notlage etc., wird dies im Rahmen der Strafzumessung berücksichtigt, muss aber im Einzelfall nicht nachgewiesen werden.⁸⁶ Das bedeutet aber, dass Faktoren wie die finanzielle Situation oder die Akzeptanz der Schwangerschaft durch das soziale Umfeld gestern wie heute grundsätzlich für die Erfüllung des Tatbestandes unerheblich sind.

Dass der Bericht als störend empfunden wird, dass die Privilegierung auch auf Fälle Anwendung findet, in welchen die Mutter den Vorsatz zur Tatbegehung bereits während der Schwangerschaft fasst, ist zwar verständlich, aber wohl einzig aus der Lektüre der Kommentare zu erklären. Tatsächlich handelt es sich bei den zwei bekannten Urteilen zum subjektiven Tatbestand um Fälle, die von zwei Kantonsgerichten 1943 entschieden wurden, also ein Jahr nach Inkrafttreten. Weder handelt es sich um langjährige Praxis noch sind zahlreiche solcher Fälle bekannt.⁸⁷ Das Bundesgericht hatte seit über 50 Jahren keinen einzigen Fall von Kindestötung zu beurteilen.

Zugegeben sei, dass angesichts der historischen Entwicklung durchaus diskutabel ist, ob die Bestimmung heute noch zeitgerecht sei. Als sich Frauen vielfach noch zweifelhaften „Medizinern“ anvertrauen mussten, deren Praktiken nicht selten zu bleibenden Schäden oder gar dem Tod führten, konnte für eine ungewollt schwangere Frau die Austragung und darauffolgende Tötung des Kindes eine veritable Alternative darstellen. Heute aber, da die Möglichkeit des straflosen Schwangerschaftsabbruches besteht und sich auch die moralischen Wertevorstellungen der Gesellschaft gewandelt haben, kann man sich fragen, inwieweit die Tötung eines Neugeborenen noch privilegierungswürdig ist. Hinzuweisen ist aber darauf, dass diese Veränderungen keineswegs uniform alle Gesellschaftsgruppen erfasst haben, ansonsten gar nicht zu erklären wäre, dass auch heute Kleinkinder immer wieder ausgesetzt oder in sog. Baby-Klappen deponiert werden.

⁸⁴ Bericht S. 13 f.

⁸⁵ GÜNTER STRATENWERTH/GUIDO JENNY/FELIX BOMMER, Schweizerisches Strafrecht Besonderer Teil I: Straftaten gegen Individualinteressen, 7. Aufl. Bern 2010, §1 N 67 f.; BSK StGB²-SCHWARZENEGGER, Art. 116 N 2.

⁸⁶ BSK StGB²-SCHWARZENEGGER, Art. 116 N 2; STEFAN TRECHSEL ET AL., Schweizerisches Strafgesetzbuch Praxiskommentar, Zürich/St. Gallen 2008, Art. 116 N 3.

⁸⁷ Im Mittel gab es in den Jahren 1984-2009 eine Verurteilung wegen Kindestötung pro Jahr (www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/19/03/03/key/straftaten/delikte_im_einzeln.html, 24.11.2010).

Rechtsvergleichend sei schliesslich darauf hingewiesen, dass Österreich in § 79 A-StGB eine der unsrigen völlig vergleichbare Regelung kennt (mit einer Höchststrafe von 5 Jahren). Auch Italien kennt die Kindstötung in Art. 578 I-StGB (Freiheitsstrafe von 4 bis 12 Jahre).

Laut Bericht soll bei Streichung von Bestimmungen „die Strafwürdigkeit von heute gesetzlich definiertem Unrecht hinterfragt werden“⁸⁸. Man darf daher wohl davon ausgehen, dass bei aufzuhebenden Bestimmungen die Strafwürdigkeit heute als nicht mehr vorhanden gewertet wird. Der Bericht behält sich aber vor, dass die Streichung „obsoleter oder überflüssiger Strafnormen“ nicht immer zur Folge habe, dass „ein bestimmtes menschliches Verhalten nicht mehr strafbar„ sei, „sondern dass es neu ganz oder teilweise unter eine andere Bestimmung subsumiert werden“ müsse.⁸⁹ Für die Kindstötung nun wird diesbezüglich vorgeschlagen, dass sie künftig nach Art. 111 – 113 gehandelt werden soll. Konkret bedeutet dies eine potentielle Strafdrohung zwischen bestenfalls einem Jahr und zehn Jahren Freiheitsstrafe (Art. 113), schlimmstenfalls von 10 Jahren Freiheitsstrafe bis lebenslänglich (Art. 112), d.h. eine Verdreifachung des angedrohten Strafmasses auf einen Streich. Wo hier die Korrelation zwischen dem Wert des geschützten Rechtsguts bzw. dem Unwert des sanktionierten Verhaltens und der angedrohten Strafe zu finden sein⁹⁰ soll, hat sich uns nicht erschlossen.

Hinzu kommt, dass zwar die Grundkonzeption der drei Tatbestände identisch sein mag (Grundtatbestand Art. 111), doch gehen mit der Privilegierung (Art. 113) oder Qualifizierung (Art. 112) zusätzliche bzw. andere Tatbestandsmerkmale einher. Höchst fragwürdig ist eine solche Neuerung daher auch im Hinblick auf das Bestimmtheitsgebot nach Art. 1. Bereits aus den Ausführungen des Berichts wird das ersichtlich, wonach eine „allfällige Strafmilderung“ allenfalls nach Art. 19 Abs. 2 und Art. 48 erreicht werden könne (Art. 111 und 112) **oder** aber die Tat könne in Anwendung von Art. 113 beurteilt werden. Wie aber konkret der Akt der Kindstötung ausgestaltet sein muss, dass er als Totschlag, vorsätzliche Tötung oder gar als Mord beurteilt wird, geht nicht aus dem Bericht hervor.

Hinzuweisen ist im Übrigen auch darauf, dass der Bericht nach eigenen Angaben die Rechtsunsicherheit reduzieren will, die nach seiner Auffassung im richterlichen Ermessen zu finden ist. Hier nun aber soll Gegenteiliges gelten: Der Strafraumen soll mit Faktor drei nach oben multipliziert werden, unter Hinweis auf die Tatsache, dass die Gerichte ja dann in Einzelfällen immer noch eine Strafmilderung nach Art. 19 vornehmen könnten. Das ist doppelt irreführend. Nicht nur die Anwendung der verminderten Schuldfähigkeit, sondern selbst der Verzicht darauf und die Ausfällung von Urteilen am unteren Strafraumen, würden die Gerichte doch wieder in die Schusslinie der Politik und offenbar auch der Exekutive bringen. Gerade vor dem Hintergrund der Grundannahmen des Berichts erscheint der Vorschlag, die Kindstötung über Art. 111 ff. erfassen zu wollen, höchst irreführend.

Weiter muss aus Konsistenzgründen auch auf die Ausführungen zur Aufhebung (und vollständigen Straffreiheit) von Art. 213 hingewiesen werden. Der Kindstötung nämlich kommt gestützt auf die Urteilsstatistiken des BFS nur marginale Bedeutung zu.⁹¹ In den Jahren 1984 bis 2009 wurden im Mittel 0.5 Urteile pro Jahr aufgrund dieser Bestimmung gefällt, d.h. insgesamt 13 Urteile, wovon alleine 6 auf den

⁸⁸ Bericht, S. 7.

⁸⁹ Bericht, S. 7 unten.

⁹⁰ Bericht, S. 6 Mitte.

⁹¹ Vgl. zur Verwendung von Statistiken im Bericht vorn S. 12 f.

Zeitraum zwischen 1984 und 1986 fallen.⁹² Folgte man der Argumentation des Berichts bei anderen Delikten, so wäre doch die Mindesttötung vielleicht aufzuheben, dann aber straffrei zu stellen. Selbst der Bericht dürfte dies wohl kaum vorschlagen wollen.

Die Aufhebung von Art. 116 wird daher abgelehnt.

2. *Ad Art. 117 StGB Fahrlässige Tötung*

*Die obere Grenze des Strafrahmens soll von drei auf fünf Jahre erhöht werden, womit sich die praktische Tragweite der Unterscheidung zwischen fahrlässiger und eventualvorsätzlicher Tötung relativieren lasse und zugleich das Bedürfnis der Bevölkerung befriedigt werde, rücksichtslose Verkehrsteilnehmer, die tödliche Unfälle verursachen, strenger zu bestrafen. Darüber hinaus könnten Beweisschwierigkeiten bei der Feststellung des Eventualvorsatzes vermieden werden.*⁹³

Vorweg sei bemerkt, dass die Ausführungen zum Strafbedürfnis der Bevölkerung nicht anderes als Behauptungen darstellen. Tatsächlich fordern v.a. die Medien solche Veränderungen. Die wissenschaftliche Forschung zu den Strafeinstellungen der Bevölkerung zeigt Gegenteiliges.⁹⁴

Stellt man nun die praktische Tragweite und damit die Strafe in den Vordergrund, so ist die Begründung des Berichts zweifelsfrei eine Abkehr vom Schuldprinzip hin zum Erfolgsstrafrecht. Letztlich kommt es danach nämlich nicht darauf an, ob der Täter tatsächlich mit Vorsatz gehandelt hat oder nicht, solange seine Handlung noch unter Art. 117 subsumiert werden kann. In die gleiche Richtung weist auch der Hinweis auf die Vermeidung von Beweisschwierigkeiten bei der Feststellung des Eventualvorsatzes. Angesichts des Bestimmtheitsgebotes stellt sich aber doch die Frage, ob es bei derartigen Regeln dem Bürger überhaupt noch möglich ist, sein Verhalten nach der Strafbestimmung zu richten und die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit erkennen zu können⁹⁵. U.E. besteht nämlich sehr wohl ein Unterschied,

- ob der Tod eines Menschen mit Wissen und Willen (Art. 12 Abs. 2 1. Satz; direkter Vorsatz⁹⁶) herbeiführt wird oder
- er für möglich gehalten und in Kauf genommen wird (Art. 12 Abs. 2 2. Satz; Eventualvorsatz⁹⁷), oder
- ob im Gegensatz hierzu der Täter zwar bei pflichtgemässer Vorsicht die Folge seines Verhaltens hätte abschätzen können, dies aber nicht tut (unbewusste Fahrlässigkeit⁹⁸) oder
- der Täter davon ausgeht, dass sie sich nicht erfüllen wird (bewusste Fahrlässigkeit⁹⁹).

⁹² Vgl. Statistiken des BFS.

⁹³ Bericht, S. 14 f.

⁹⁴ Vgl. vorn S. 8 f. m.N.

⁹⁵ Statt vieler: BGer vom 21. Juli 2008, 6B_385/2008 E. 3.2.

⁹⁶ BSK StGB²-JENNY, Art. 12 N 38 ff.

⁹⁷ BSK StGB²-JENNY, Art. 12 N 43 ff.; TRECHSEL ET AL., Praxiskommentar, Art. 12 N 12.

⁹⁸ BSK StGB²-JENNY, Art. 12 N 67.

Gerade weil die vorsätzliche Tötung einen eigenständigen Straftatbestand darstellt (der zur Fahrlässigen Tötung nicht Grundtatbestand ist), muss auch der Unterschied zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit strikte beachtet werden. Solches soll denn auch laut Bericht durchaus gemäss den allgemeinen Grundsätzen umgesetzt werden.¹⁰⁰ Wenn aber die Entscheidung Vorsatz/Fahrlässigkeit jedenfalls getroffen werden muss, dann können (und sollen) die Strafmasse eben auch divergieren, auf dass sich die Gerichte entscheiden. Argumentiert werden kann gerade nicht, anders als es der Bericht unterstellt, vom Strafmass her (also etwa: X Jahre wären angemessen, also muss es Vorsatz bzw. Fahrlässigkeit sein).

Das angeführte Strafbedürfnis der Bevölkerung ist dabei keine Hilfe, selbst wenn es denn bestünde und bekannt wäre. Zuständig für die Strafzumessung sind die Gerichte, das Volk gegebenenfalls für deren Wahl. Wie die wissenschaftlichen Untersuchungen zeigen, urteilen die Gerichte tendenziell strenger als die Bevölkerung, obwohl die Medien Gegenteiliges behaupten. Ebenso wenig können Beweisschwierigkeiten zur Legitimation von Straferhöhungen dienen, zumal der Untersuchungsgrundsatz dadurch aufgeweicht würde: Es ist Sache des Staates, dem Angeklagten seine Taten nachzuweisen¹⁰¹. Bestehen unüberwindliche Zweifel an der Erfüllung der tatsächlichen Voraussetzungen der angeklagten Tat, so hat das Gericht von der für den Angeklagten günstigeren Sachlage auszugehen (in dubio pro reo).¹⁰²

Schliesslich sei **rechtsvergleichend** festgehalten, dass Deutschland die fahrlässige Tötung mit maximal 5 Jahren Freiheitsstrafe bedroht (§ 222 D-StGB), Österreich mit höchstens einem Jahr Freiheitsentzug (§ 80 A-StGB) bzw. 3 Jahren bei besonders gefährlichen Verhältnissen (§ 81 A-StGB), Frankreich mit Freiheitsstrafe bis 3 Jahre (221-6 F-StGB), die nur bei speziellen Sicherheitsvorschriften auf 5 Jahre erhöht werden kann, Italien mit einer Freiheitsstrafe bis 5 Jahre (Art. 589 I-StGB).

Die Änderung von Art. 117 wird daher abgelehnt.

3. *Ad Art. 122 Schwere Körperverletzung*

Eine merkliche Zunahme der Verurteilungen wird angeführt und darauf hingewiesen, dass schwere Körperverletzungen nicht nur im Rahmen persönlicher Beziehungen verübt würden, sondern auch im öffentlichen Raum. Das Sicherheitsgefühl in der Bevölkerung werde durch die Berichterstattung beeinträchtigt, weshalb aus kriminalpolitischen Gründen eine Erhöhung der Mindeststrafe als angebracht erachtet werde. Zudem sei zu bedenken, dass aufgrund des medizinischen Fortschritts einer schweren Körperverletzung heutzutage ein höherer Unrechtsgehalt innewohne, was die Erhöhung der Mindeststrafe von 180 Tagessätzen Geldstrafe auf Freiheitsstrafe von mehr als zwei Jahren rechtfertige und deren Formulierung gewährleisten werde, dass keine bedingten oder teilbedingten Freiheitsstrafen mehr ausgesprochen werden könnten.

Die statistische Zunahme von Verurteilungen kann vielerlei Ursachen haben, d.h. sie bedeutet nicht zwingend mehr Gesetzesverstösse, sondern kann bspw. auch auf erhöhte Effizienz oder eine höhere Aufklärungsrate der Behörden zurückzuführen sein. Um eine gesetzliche Mindeststrafe einzuführen, vermag dieses Argument daher nicht zu überzeugen. Dies umso weniger, als der Bericht selbst erklärt, dass Mindeststrafen zu vermeiden seien, weil sie das Ermessen des Gerichts einschränken und zu

⁹⁹ Vgl. Art. 12 Abs. 3; BSK StGB²-JENNY, Art. 12 N 67; TRECHSEL ET AL., Praxiskommentar, Art. 12 N 23 ff.

¹⁰⁰ Bericht, S. 7, wobei allerdings unklar bleibt, ab wann der Unterschied „unangemessen“ ist.

¹⁰¹ Art. 6 StPO.

¹⁰² Art. 10 Abs. 3 StPO; Art. 32 BV; Art. 6 Abs. 2 EMRK.

ungerechten Ergebnissen führen könnten.¹⁰³ Auch die Einschränkung, dass Mindeststrafen ausnahmsweise festgelegt werden könnten, wenn sie „nachvollziehbar und sinnvoll“¹⁰⁴ seien, vermag im Zusammenhang mit den bei der schweren Körperverletzung vorgebrachten Argumenten nicht zu überzeugen. Weder die das Sicherheitsgefühl der Bevölkerung beeinträchtigende Berichterstattung noch das Sicherheitsgefühl der Bevölkerung selbst sind messbare Werte, um eine solche Verschärfung zu rechtfertigen.

Die Unterteilung in die drei „Schweregrade“ Tätlichkeit (Art. 126), einfache (Art. 123) und schwere Körperverletzung (Art. 122) ist als abstraktes Konzept zu verstehen, das grundsätzlich unabhängig vom medizinischen Fortschritt Bestand hat, weil einerseits eine gewisse minimale Beeinträchtigung der körperlichen oder gesundheitlichen Integrität verlangt wird, andererseits aber auch ein wesentliches Abgrenzungskriterium ist, ob und in welchem Mass dem Opfer Schmerz zugefügt wird.¹⁰⁵ Die Begründung über die Fortschritte der Medizin bezieht sich wohl insbesondere auf die bleibenden Nachteile, wie sie in Art. 122 Abs. 2 aufgeführt sind. Als verstümmelt oder unbrauchbar gilt ein Glied oder Organ, wenn es verloren oder in seinen Grundfunktionen dauernd und erheblich gestört ist.¹⁰⁶ Als in Abs. 2 aufgezählte bleibende Nachteile sind dauernde und irreversible Beeinträchtigungen der Gesundheit zu qualifizieren.¹⁰⁷ Bei der Entstellung des Gesichts ist nicht massgeblich, ob eine Wunde gut verheilt, sondern ob die Narbe weiterhin deutlich sichtbar ist und das Opfer mimisch beeinträchtigt.¹⁰⁸ Der Bericht unterstellt nun, dass nur bleibende Schädigungen der Gesundheit zu einer Verurteilung nach Art. 122 führen, dass mithin die Situation nach einer allfälligen medizinischen Behandlung ausschlaggebend für die Qualifikation sei. Das ist unzutreffend. Zwar stimmt, dass eine schwere Körperverletzung heute „schwerer“ sein muss, damit sie bleibende Schäden bewirkt, weil der medizinische Fortschritt in erhöhtem Masse Schädigungen durch Körperverletzungen beherrschbar macht. Art. 122 erfasst indes nicht nur bleibende Schäden, sondern eben auch diesen vergleichbar schwere Fälle (also z.B. mehrfache, schwere Operationen etc.). Hier spielt der medizinische Fortschritt überhaupt keine Rolle für die Qualifikation, weil das Resultat dieser Eingriffe nicht massgeblich ist für die Qualifikation. All diese Fälle bleiben von evtl. Fortschritten gänzlich unberührt. Hier begründet die Gesetzesänderung eine völlig haltlose Strafschärfung und führt zu den auch im Bericht beschriebenen ungerechten Ergebnissen¹⁰⁹.

Zu beachten ist weiter, dass in krassen Fällen der Körperverletzung allenfalls die Tötungsdelikte gemäss Art. 111 ff. zum Tragen kommen, weil in diesen Fällen aufgrund der stetigen Erweiterung des Eventualvorsatzes durch die Bundesgerichtspraxis eine versuchte eventualvorsätzliche Tötung immer in Frage steht.

Die Berufung auf die Statistiken des BFS – interessanterweise nur von 1984-2005, obschon sie bis 2009 vorliegen und zwischen 2006 und 2007 sowie 2008 und 2009 ein markanter Rückgang der Urteile zu Art. 122 zu verzeichnen war – vermag auch hier nicht zu überzeugen.¹¹⁰ Und schliesslich bleibt der Bericht die Antwort auf die Frage,

¹⁰³ Bericht, S. 6 ff.

¹⁰⁴ Bericht, S. 6.

¹⁰⁵ BSK StGB²-ROTH/BERKEMEIER, Vor Art. 122 N 15-17.

¹⁰⁶ BSK StGB²-ROTH/BERKEMEIER, Art. 122 N 14.

¹⁰⁷ BSK StGB²-ROTH/BERKEMEIER, Art. 122 N 15.

¹⁰⁸ BGE 115 IV 17 E. 1; BSK StGB²-ROTH/BERKEMEIER, Art. 122 N 17.

¹⁰⁹ Bericht, S. 6.

¹¹⁰ Vgl. Ausführungen S. 12.

wann die Mindeststrafe in einer „vernünftigen Relation“ zur jeweiligen Höchststrafe steht, leider ebenfalls schuldig.¹¹¹

Rechtsvergleichend ist zu vermerken, dass Deutschland die Körperverletzung mit Freiheitsstrafe bis zu 5 Jahren bedroht (§ 223 D-StGB), Österreich mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren (§ 84 A-StGB), Frankreich mit 10 Jahren Freiheitsentzug (Art. 222-9 F-StGB). Italien bedroht die Körperverletzung mit max. 3 Jahren Freiheitsentzug (Art. 582 I-StGB), in schweren Fällen kann diese Strafe auf max. 7 Jahre erhöht werden (Art. 583 I-StGB).

Die Änderung von Art. 122 wird daher abgelehnt.

4. *Ad Art. 123 Ziff. 1 Abs. 2 Einfache Körperverletzung*

*Aufgrund der praktischen Schwierigkeiten der Unterscheidung zwischen einer Tätlichkeit und einer einfachen Körperverletzung, insbesondere den leichten Fällen der einfachen Körperverletzung soll diese Variante gestrichen werden. Sofern eine einfache Körperverletzung an der Grenze zur Tätlichkeit vorliegen würde, könne dies bei der allgemeinen Strafzumessung berücksichtigt werden.*¹¹²

Mit der Variante der leichten einfachen Körperverletzung kann der Richter gemäss Art. 48a Abs. 2 auf eine andere als die angedrohte Strafart erkennen, d.h. auch die Ausfällung einer Busse fällt in Betracht, was bei Streichung dieser Variante entfiel. Da keine Mindeststrafe für die einfache Körperverletzung vorgesehen ist, bleibt es – ohne die Frage des bedingten Strafvollzuges hinzuzunehmen – letztlich eine theoretische Diskussion, ob eine Busse oder eine geringe Geldstrafe die mildere Strafe darstellt. Massgeblichste Frage bleibt damit, ob ein bedingter Strafvollzug möglich ist. Gerade diese Frage indes zeigt an, was vorstehend moniert wurde, dass die Änderung im Besonderen Teil nicht ohne Bezug zu den Änderungen im Sanktionenrecht überhaupt diskutiert werden können.¹¹³

Richtig ist, dass der Straftatbestand unabhängig von der Strafmilderung ein Vergehen bleibt und damit verbundene Konsequenzen wie Strafregistereintrag u.Ä. sich vor wie nach einer Streichung von Art. 123 Ziff. 1 Abs. 2 gleich gestalten.

Aufs Deutlichste abzulehnen ist die Begründung, die hinter dieser – und ähnlichen – Änderungen steht, namentlich die scheinbaren praktischen Schwierigkeiten der Abgrenzung und – noch schlimmer – die „Erhöhung der Rechtssicherheit“ mittels Einschränkung des Ermessens des Gerichts. Zu bemerken ist immerhin, dass man über Jahre und Jahrzehnte gut mit der Regelung hat leben können. Die gegenwärtige Änderung erscheint entsprechend überhaupt nicht in praktischen Schwierigkeiten begründet, sondern ausschliesslich im Bestreben der Strafverschärfungen. Soll eine Strafschärfung angestrebt werden (denn dies geschieht hier mit der Streichung einer Privilegierung), so sollte wenigstens so viel Ehrlichkeit aufgebracht werden, dass dieses Motiv auch deklariert wird.

Die Aufhebung dieser Bestimmung wird abgelehnt.

5. *Ad Art. 125 Abs. 2 Fahrlässige schwere Körperverletzung*

Die Maximalstrafe soll von drei auf fünf Jahre Freiheitsstrafe erhöht werden. Die Pflege eines schwer verletzten Opfers könne für Angehörige ebenso belastend sein wie der Verlust eines

¹¹¹ Bericht, S. 7.

¹¹² Bericht, S. 15.

¹¹³ Vgl. Ausführungen S. 12

Familienmitgliedes und die Schwere des Erfolgs sei oft nur vom Zufall abhängig, wenn gleich eingeräumt wird, dass der Erfolg einer fahrlässigen schweren Körperverletzung weniger gravierend sei als bei der fahrlässigen Tötung.¹¹⁴

Richtig an dieser Begründung ist, dass häufig nur Zufall über Leben oder Tod entscheidet, d.h. ob die Tathandlung „nur“ eine Körperverletzung oder gar den (fahrlässig herbeigeführten) Tod zur Folge hat. Nur ist dies eben nicht Ansatzpunkt für die Strafe. Vielmehr soll das die Schuld des Täters sein, und die ist gerade alles andere als zufällig. Konnte der Täter den Zufall voraussehen, d.h. konnte er die Möglichkeit des Eintritts einer (allenfalls zwar noch so unwahrscheinlichen) bestimmten Situation voraussehen, ist auf der Ebene des Verschuldens möglicherweise bewusste Fahrlässigkeit oder gar Eventualvorsatz gegeben. Diese Unterscheidung ist zentral, weil sie die vorsätzliche von der fahrlässigen Tatbegehung unterscheidet und dies auch in der Strafdrohung zum Ausdruck kommen sollte.

Eine Verschärfung der Strafdrohung mit allfälligen belastenden Momenten für Angehörige eines Opfers zu begründen, entspricht in keiner Weise dem Schuldprinzip, sondern zeigt deutlich die Tendenz des Berichts, erfolgsorientiert zu argumentieren. Entscheidend für die Strafbarkeit sind aber die objektiven und subjektiven Tatbestandsmerkmale, wie sie im Gesetz formuliert sind und nicht mögliche Konsequenzen, die sich daraus ergeben.

Will man den Erfolgsunwert gegenüber den Handlungsunwert stärker gewichten, so besteht die korrekte Lösung nicht darin, das Strafmass fahrlässiger Handlungen gesamthaft zu erhöhen (denn gerade dies öffnet ja das Ermessen des Gerichtes weiter, statt es zu strukturieren), sondern darin, eine erfolgsqualifizierte Tatvariante zu schaffen.

Die Argumentation des Berichts trägt weiter einen Widerspruch in sich: Zunächst wird festgestellt, bei (fahrlässiger) schwerer Körperverletzung seien die Folgen regelmässig weniger gravierend als beim Tod (!). Dem kann man ja zustimmen. Umso weniger versteht man dann aber, wenn dennoch die Strafraumen für beide fahrlässigen Straftaten identisch sein sollen.

Schliesslich sei auf die **Rechtsvergleiche** verwiesen, aus der die Einmaligkeit des Vorhabens deutlich wird. Die fahrlässige Körperverletzung wird in Deutschland mit maximal 3 Jahren Freiheitsstrafe bedroht (§ 229 D-StGB), in Österreich mit Freiheitsstrafe von maximal 2 Jahren (§ 88 Abs. 4 A-StGB), in Frankreich mit maximal 3 Jahren Freiheitsentzug (Art. 222-19 Abs. 2 F-StGB). In Italien wird eine Freiheitsstrafe bis 3 Monate angedroht, bei schweren und schwersten Fällen bis 2 Jahre (Art. 590 I-StGB). In den meisten dieser Regelungen sind dies die absoluten Höchststrafen, wenn spezielle Verpflichtungen verletzt wurden etc., während die Höchststrafen für „normale“ fahrlässige schwere Körperverletzung deutlich darunter liegen. Die Erhöhung des Strafmasses auf 5 Jahre ist mithin **im Vergleich zum umliegenden Ausland völlig aussergewöhnlich** und müsste wohl besonders (und gänzlich anders als geschehen) begründet werden.

Die Änderung der Bestimmung wird abgelehnt.

¹¹⁴ Bericht, S. 15.

6. Ad Art. 128^{bis} Falscher Alarm

Die Maximalstrafe von drei Jahren Freiheitsstrafe soll auf ein Jahr reduziert werden, weil dies genüge und die angedrohte Höchststrafe im Verhältnis zu den teilweise schwerer wiegenden Tatbeständen des Art. 128 zu hoch sei.¹¹⁵

Der Vorschlag erscheint gerechtfertigt im Hinblick auf Subsidiarität bei tatsächlicher Behinderung der Nothilfe.

7. Ad Art. 129 Gefährdung des Lebens

Als Rechtfertigung für die Einführung einer Mindeststrafe bei Art. 129 dient die Vorgabe von Art. 122 (Mindeststrafe von mehr als zwei Jahren Freiheitsstrafe), wobei sechs Monate als genügend erachtet werden, weil es sich um ein Gefährdungsdelikt handle.

Konsistent mit den Ausführungen zu Art. 122 erscheint eine Anpassung von Art. 129 unangebracht. Offen bleibt auch, in welchem Zusammenhang eine allfällige Erhöhung der Mindeststrafe von Art. 122 mit der Einführung einer Mindeststrafe bei Art. 129 stehen sollte. Das erscheint umso weniger klar, als Art. 129 grundsätzlich als Auffangtatbestand insbesondere für Fälle dient, bei denen sich der Tötungsvorsatz nicht nachweisen lässt.¹¹⁶

Die Änderung der Bestimmung wird deshalb abgelehnt.

8. Ad Art. 133 Abs. 1 Raufhandel

Die Strafdrohung von Art. 133 Abs. 1 soll derjenigen von Art. 134 angeglichen werden, weil einerseits die niedrigere Höchststrafe als unreflektiertes Bedürfnis nach Generalprävention durch die Lehre kritisiert wird, andererseits das Nebeneinander von Art. 133 und 134 zu heiklen Abgrenzungsfragen führe, wenn mehrere angegriffene Personen teils tätlich würden, teils passiv blieben.

Einerseits ist es nicht „die“ Lehre, welche die unterschiedlichen Strafandrohungen von Art. 133 und 134 StGB kritisiert hat, sondern STRATENWERTH/JENNY¹¹⁷. Allerdings wird diesen Autoren – man muss fürchten bewusst – das Wort im Munde verdreht, wenn sie herangezogen werden, um eine Erhöhung des Strafrahmens von Art. 133 StGB zu rechtfertigen: Das unreflektierte Bedürfnis nach Generalprävention führte eben gerade dazu, dass bei Art. 134 StGB eine höhere Maximalstrafe gewählt wurde, und *das* wird kritisiert. Hinzu kommt, dass in der aktuellen Auflage des im Bericht nur in zweitneuster Auflage zitierten Lehrbuchs just diese Stelle differenziert wird. So heisst es: „Ein gegenüber dem Raufhandel gravierenderes Unrecht lässt sich höchstens darin sehen, dass die Tat gegen eine Person verübt wird, die sich nicht wehrt. Noch dann bleibt freilich zu fragen, ob sich diesem Umstand nicht auch innerhalb des für den Raufhandel geltenden Strafrahmens angemessen Rechnung tragen liesse.“¹¹⁸ Nicht auf Kritik stösst der unterschiedliche Strafrahmen bspw. bei SCHULTZ¹¹⁹ oder bei TRECHSEL, die darauf hinweisen, dass auf Täterseite z.B. an Rockerbanden, auf Opferseite bspw. an Asylbewerber oder andere Ausländer gedacht wurde.¹²⁰

¹¹⁵ Bericht, S. 16.

¹¹⁶ BSK StGB²-AEBERSOLD, Art. 129 N 1.

¹¹⁷ GÜNTER STRATENWERTH/GUIDO JENNY, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I: Straftaten gegen Individualinteressen, 6. Aufl., Bern 2003, § 4 N 43.

¹¹⁸ STRATENWERTH/JENNY/BOMMER (Fn. 85), § 4 N 42.

¹¹⁹ HANS SCHULTZ, Die Delikte gegen Leib und Leben nach der Novelle 1989, ZStrR 108 (1991), 395-416, 410f.

¹²⁰ TRECHSEL ET AL., Praxiskommentar, Art. 134 N 1ff.

Mit dem Hinweis auf die Lehre lässt sich eine Straferhöhung bei Art. 133 StGB also in keiner Weise begründen. Entweder kann die unterschiedliche Strafandrohung akzeptiert werden, wie bei einem Teil der Lehre, oder aber die Strafandrohung von Art. 134 StGB muss auf das Niveau von Art. 133 StGB gesenkt werden. Alles andere repräsentierte eben gerade das von STRATENWERTH/JENNY angesprochene unreflektierte Bedürfnis nach Generalprävention bzw. den schlichten Wunsch nach mehr Strafe.

Nur am Rande sei angemerkt, dass sich die erwähnte Abgrenzungsproblematik bei einer Reduktion des Strafrahmens von Art. 134 genau so gut oder schlecht realisieren liesse wie bei der vorgeschlagenen Verschärfung. Strafreduktionen aber scheinen nicht en vogue zu sein.

Die Änderung der Bestimmung wird deshalb abgelehnt.

9. Ad Art. 135 Gewaltdarstellungen

Hier wird lediglich auf die Bemerkungen zu Art. 197 verwiesen. Das bedeutet:

Wohl wichtigste Neuerung ist die Einführung der Strafbarkeit des Konsums. Im Zuge der Umsetzung einer lückenlosen Strafbarkeit des Konsums, insbesondere des besitzlosen Konsums, werde die klare Trennung zwischen Konsumhandlungen einerseits und Herstellungs- bzw. Verbreitungshandlungen andererseits wiederhergestellt, womit der aktuellen Rechtsprechung des Bundesgerichts begegnet werde. Alle Tathandlungen sollten künftig gleich behandelt werden, nur der Eigenkonsum werde privilegiert.

Zusätzlich sollen die Strafrahmen bei tatsächlicher Darstellung von Kinderpornografie auf Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe erhöht werden. Die Idee, die Geldstrafe ähnliche wie bei den Sexualdelikten zu streichen, sei verworfen worden, weil nicht der Missbrauch selbst, sondern dessen Darstellung unter Strafe gestellt werde und daher ein qualitativer Unterschied hinsichtlich Strafwürdigkeit zwischen dem eigentlichen körperlichen resp. sexuellen Missbrauch und dessen bildlicher Darstellung. Wer für die Herstellung tatsächlich jemanden missbraucht, würde nach den entsprechenden Strafbestimmungen (Art. 122, 189, 190) bestraft.

Abs. 1 soll dahingehend geändert werden, dass eine höhere Strafandrohung gelten soll, wenn tatsächliche Gewalttätigkeiten mit Kindern zur Diskussion stünden. Zudem werden die Tathandlungsvarianten in Abs. 1^{bis} in Abs. 1 zusammengefasst und entsprechend die Höchststrafe von einem Jahr Freiheitsstrafe oder Geldstrafe auf drei Jahre Freiheitsstrafe oder Geldstrafe bzw. bei tatsächlicher Gewalttätigkeit mit Kindern fünf Jahre Freiheitsstrafe oder Geldstrafe erhöht.

In Abs. 2 der Bestimmung soll neu der Konsum von Gewaltdarstellungen sowie die Begehung einer Tathandlung nach Abs. 1 zum eigenen Konsum unter Strafe gestellt werden.

Mit Abs. 3 soll die Tatbegehung mit Bereicherungsabsicht (ehemals Gewinnsucht) bestraft werden, ebenfalls mit der höheren Strafandrohung bei tatsächlicher Gewalttätigkeit mit Kindern, wobei gemäss neuem Abs. 4 mit einer solchen Straftat die Freiheitsstrafe mit einer Geldstrafe zu verbinden wäre.

In Abs. 5 soll schliesslich der ehemalige Abs. 2 (Einziehung der Gegenstände) Eingang finden.

Abs. 1: Vgl. die Ausführungen zu Art. 197 Ziff. 3. Bei Gewaltdarstellungen sollten zumindest die Gemälde und Comics von der Strafschärfung ausgenommen sein.¹²¹

Abs. 2: Die heutige Gesetzeslage sieht die Straflosigkeit des Konsums (ohne Besitz) vor.¹²² Vgl. die Ausführungen zu Art 197 Ziff. 3^{bis}.

Abs. 3: Vgl. Ausführungen zu Art. 197 Ziff. 4.

Abs. 4: Keine Bemerkungen.

Abs. 5: Keine Bemerkungen.

Bei dieser Bestimmung sticht ins Auge, dass offenbar kein Stein auf dem anderen bleibt. Obschon der Tatbestand dem Bericht eigener, spezifischer Ausführungen nicht wert scheint, werden unter dem Deckmantel der Harmonisierung der Strafrahmen nicht nur neue strafbare Handlungen eingeführt, sondern auch Qualifizierungen.

Die Änderung der Bestimmung wird bei derart sorgfaltsfreier und chaotischer Vorbereitung abgelehnt.

10. *Ad Art. 139 Ziff. 2 und 3 Diebstahl*

Die Mindeststrafe soll bei Ziff. 2 von 90 Tagessätzen Geldstrafe auf 6 Monate Freiheitsstrafe angehoben werden. Die Gewerbmässigkeit werde mit sehr unterschiedlichen Mindeststrafen oder alternativ gar keiner Mindeststrafe geahndet, weshalb diese Mindeststrafe einheitlich auf sechs Monate Freiheitsstrafe festzulegen und die „kann“- durch eine „ist“-Vorschrift zu ersetzen sei. Heute liege die Mehrheit der ausgefüllten Strafen unter dieser Grenze. Die Geldstrafe wird gestrichen (dies wird bei den Erläuterungen allerdings nicht, sondern lediglich bei Vergleich der Gesetzestexte klar).

In Ziff. 3 soll die Mindeststrafe von 180 Tagessätzen Geldstrafe auf Freiheitsstrafe von einem Jahr angehoben werden, damit die bisherige Abstufung innerhalb des Artikels beibehalten werden könne und die Strafe weiterhin gleichlautend sei wie beim Raub.¹²³ Zudem soll überhaupt die Geldstrafe gestrichen werden (dies wird klar nicht aufgrund der Erläuterungen, sondern lediglich bei Vergleich der Gesetzestexte!).

Zunächst ist festzuhalten, dass die Vereinheitlichung der Strafdrohung für die gewerbmässige Tatbegehung diametral dem erklärten Ziel des Vorentwurfs entgegenläuft – nämlich eine verhältnismässige Korrelation zwischen der angedrohten Strafe und dem Wert des geschützten Rechtsguts herzustellen.¹²⁴ Die Gleichschaltung aller Gewerbmässigkeit geht zwingend zu Lasten des Einzelfalles. Entsprechend kann das Verhältnis der Strafe in den einzelnen Bestimmungen schwerlich verhältnismässig zum geschützten Rechtsgut sein, wenn man von der Gewerbmässigkeit als gemeinsamem Nenner für die Festlegung der Strafrahmen ausgeht und nicht bei jeder Bestimmung separat prüft, inwieweit die gewerbmässige Begehung einer Tat eine schärfere Strafdrohung nötig macht.

Gänzlich willkürlich mutet daher auch die Festlegung der Mindeststrafe auf 6 Monate Freiheitsstrafe an, insbesondere, wenn dann erklärt wird, dass heute die ausgefüll-

¹²¹ Bericht, S 26.

¹²² BSK StGB²-AEBERSOLD, Art. 135 N 28 f.; NADINE HAGENSTEIN, O tempora, o mores! Oder Keine Macht den Killerspielen, AJP 10/2010, 1293-1310, 1307.

¹²³ Bericht, S. 16 f.

¹²⁴ Bericht, S. 6.

ten Strafen regelmässig unter dieser Grenze lägen. Gerade diese Aussage zeigt auf, dass bei einer Veränderung der Bestimmungen gemäss Entwurf die Täter unverhältnismässig bestraft würden – und dies schlicht deshalb, weil das Gericht (abgesehen von Fällen der Strafmilderung) eben nicht mehr die Kompetenz haben würde, den Strafraumen zu unterschreiten. Dies wird noch durch den Umstand verstärkt, dass die Möglichkeit der Geldstrafe gestrichen wird, womit dem Gericht ein Mittel mehr genommen wird, dem individuellen Verschulden des Täter Rechnung zu tragen.

Erstaunlich ist darüber hinaus, dass die gewerbsmässige Begehung zwar vereinheitlicht werden, dies aber nur bezüglich Mindeststrafe geschehen soll. Die Höchststrafen hingegen würden gemäss Vorentwurf weiterhin zwischen fünf (bspw. Art. 144^{bis} Abs. 3 oder Art. 155 Ziff. 2) und zehn Jahren Freiheitsstrafe (bspw. Art. 148 Abs. 2 oder Art. 156 Ziff. 2) variieren. Deutlich wird dadurch, dass primäres Ziel nicht die Vereinheitlichung der Strafdrohung war, sondern vielmehr sichergestellt werden sollte, dass und in welcher Form gestraft wird.

Die Ausführungen zu Ziff. 3, wonach die bisherige Abstufung innerhalb des Artikels beizubehalten sei, sind zwar grundsätzlich nachvollziehbar, in Anbetracht der nicht nachvollziehbaren Änderungen in Ziff. 2 allerdings auch obsolet.

Die Änderung der Bestimmung wird abgelehnt.

11. Ad Art. 140 Ziff. 1 Abs. 1 Ziff. 2-4 Raub

Ziff. 1: Aus kriminalpolitischen Gründen soll die Mindeststrafe auf ein Jahr Freiheitsstrafe erhöht und die Geldstrafe gestrichen werden.

Ziff. 2 soll aufgehoben werden, weil das Mitführen einer Waffe hinsichtlich Unrecht im Grundtatbestand enthalten sei.

Ziff. 3: Neu soll explizit das Verwenden einer Schusswaffe erwähnt werden, womit der Qualifikationsgrund der besonderen Gefährlichkeit an Bedeutung einbüssen werde, weil diese Fälle bisher unter diese Generalklausel gefallen seien. Zudem soll die Mindeststrafe auf zwei Jahre festgesetzt werden, damit der bedingte und teilbedingte Strafvollzug ausgeschlossen werden könne.

Ziff. 4: Die Mindeststrafe soll auf drei Jahre Freiheitsstrafe reduziert werden, weil Koordinationsbedarf mit den übrigen Bestimmungen, in welchen das Opfer grausam behandelt wird, bestünde. Ausgehend vom Mittelwert der entsprechenden Bestimmungen werde die Mindeststrafe in Art. 140 Ziff. 4 reduziert, und in Art. 184 erhöht, so dass eine einheitliche Mindeststrafe von drei Jahren Freiheitsstrafe bei grausamer Behandlung des Opfers bestehe. Auch im Verhältnis zur vorsätzlichen Tötung und zur schweren Körperverletzung erscheine eine Mindeststrafe von fünf Jahren Freiheitsstrafe als zu hoch und solch hohe Mindeststrafen würden durch die Gerichte restriktiv ausgelegt, so dass sie kaum zur Anwendung gelangten oder gemildert würden. Dies sei auch der Grund dafür, dass nahezu alle ausschliesslichen Verurteilungen unterhalb der Mindeststrafe liegen würden.¹²⁵

Ziff. 1: Einen solchen Satz kann man schlicht nicht als Begründung bezeichnen, lässt uns der Bericht doch nicht einmal daran teilhaben, welcher Art die kriminalpolitischen Gründe sein könnten. Hier zeigt sich besonders deutlich, dass tatsächlich um jeden Preis eine Strafschärfung eingeführt werden soll.

Ziff. 2: Nicht einleuchten kann, weshalb eine Bestimmung, die offensichtlich dazu da ist, einen besonderen Fall einer strafbaren Handlung zu umschreiben, mit der

¹²⁵ Bericht, S. 17 f.

schlichten Begründung gestrichen wird, deren Unrechtsgehalt sei im Grundtatbestand bereits enthalten und zwar vornehmlich deshalb, weil die Mindeststrafe des Grundtatbestandes angehoben wird. Der Unrechtsgehalt einer Bestimmung definiert sich nicht über die Strafe, sondern über die Tat. Würde man denn schon mit den Strafrahmen argumentieren wollen, müsste aber berücksichtigt werden, dass der aktuelle Strafrahmen beim Mitführen einer Waffe bei Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr beginnt, gegen oben aber offen ist, wohingegen der Grundtatbestand eine Maximalstrafe von 10 Jahren fixiert. Dann aber leuchtet nicht ein, wie das Unrecht in einem Fall, bei dem eine Strafe von über 10 Jahren angemessen wäre, durch den Grundtatbestand gedeckt sein soll.

Ziff. 3: Inwiefern es eine Errungenschaft darstellen soll, einen besonderen Fall der Tatbegehung explizit in einer Bestimmung zu nennen, wenn die fortlaufende Praxis die Tatvariante unter eine Generalklausel subsumiert, ist nicht ersichtlich. Zwar mag dies grundsätzlich dem Bestimmtheitsgebot zuträglich sein, doch gibt es wohl zahlreiche Fallkonstellationen, die ebenfalls unter die Generalklausel subsumiert werden, jedoch keine explizite Erwähnung im Wortlaut der Bestimmung finden.

Die zur Erhöhung der Mindeststrafe auf zwei Jahre Freiheitsstrafe angeführte Begründung schliesslich zeigt in Vollendung, dass auch die im per 2007 revidierten Allgemeinen Teil StGB statuierten Grundsätze und Prinzipien wenn immer möglich eingeschränkt oder ausgehebelt werden sollen, um ein schärferes Strafrecht zu kreieren.

Ziff. 4: Grundsätzlich stellt sich zunächst die Frage, inwiefern der im Bericht vielerorts behauptete Koordinationsbedarf verschiedener Normen tatsächlich besteht. Die grausame Behandlung des Opfers stellt regelmässig einen Qualifikationsgrund dar. Der jedoch steht immer in Relation zum Grundtatbestand und daher zum geschützten Rechtsgut. Will man die Verhältnismässigkeit zwischen angedrohter Strafe und geschütztem Rechtsgut wahren¹²⁶, wie dies der Bericht zumindest behauptet, so kommt man doch nicht umhin, die Qualifikation jedes einzelnen Tatbestandes gesondert zu betrachten. Eine Vereinheitlichung ist klar kontraproduktiv.

Ebenfalls deutlich wird der Wille zur Strafschärfung beim Argument, hohe Mindeststrafen brächten eine restriktive Auslegung oder gar eine Strafmilderung durch die Gerichte mit sich. Das aber – so stellt man sich zumindest die Fortsetzung dieser Argumentation vor – sei aber gar nicht wünschenswert. Das kann wohl nur als Kritik des Gesetzgebers an der Praxis der Gerichte verstanden werden, die offenbar in den Augen des Gesetzgebers zu niedrige Strafen aussprechen. Das erscheint aber doch gänzlich unzulässig.

Die Änderung der Bestimmung wird abgelehnt.

12. Ad Art. 143^{bis} Unbefugtes Eindringen in ein Datenverarbeitungssystem

Die Höchststrafe soll neu nur noch Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe anstelle von drei Jahren oder Geldstrafe betragen. Vor der letzten AT-Revision seien entweder sehr kurze Freiheitsstrafen oder Bussen ausgesprochen worden. Offensichtlich würde der Strafrahmen nicht der Rechtswirklichkeit entsprechen, weshalb die maximale Freiheitsstrafe in Abs. 1 und 2 auf maximal ein Jahr zu beschränken sei. Die übrigen Änderungen in Abs. 1 sowie der neue Abs. 2 entsprächen den Vorschlägen des Bundesrates in der Botschaft vom 18.

¹²⁶ Vgl. Bericht, S. 6.

*Juni 2010 über die Genehmigung und die Umsetzung des Übereinkommens des Europarates über die Cyberkriminalität.*¹²⁷

Auch hier wieder wird behauptet, der Strafraumen entspreche „ganz offensichtlich“ nicht der Rechtswirklichkeit. Ganz offensichtlich ist dabei nur, dass „ganz offensichtlich“ unklar ist, was denn hier die Rechtswirklichkeit sein sollte und was denn „ganz offensichtlich“ überhaupt meinen könnte. Wenn wir es richtig verstehen (was angesichts der Kürze der Begründung keineswegs klar und „offensichtlich“ ist), dann heisst das doch, dass aufgrund der häufig kurzen Freiheitsstrafen die Strafobergrenze gesenkt werden soll. Tatsächlich? Und sonst soll bei gleicher Sachlage die Strafuntergrenze angehoben werden, weil die Urteilspraxis zu grosszügig ist?

Vgl. weiter die Ausführungen zur Angemessenheit der Strafraumen S. 20 ff.

Die Änderung der Bestimmung wird abgelehnt.

13. Ad Art. 144 Abs. 3 Sachbeschädigung

*Die Mindeststrafe wird von einem Jahr Freiheitsstrafe auf sechs Monate reduziert, weil die bisherige Mindeststrafe in einem Missverhältnis zu den übrigen Tatbeständen, z.B. Betrug oder Diebstahl stehe. Gleichzeitig sei die „kann“- durch eine „ist“-Vorschrift zu ersetzen. Das heutige weite Ermessen des Gerichts solle beschränkt werden, weil es in der Praxis dazu geführt habe, dass nur kurze Freiheitsstrafen ausgesprochen worden seien.*¹²⁸

Auch bei dieser Begründung beisst sich „die Katze in den Schwanz“. Wenn doch gerade bemängelt wird, dass das weite Ermessen des Gerichts dazu geführt habe, dass „nur“ kurze Freiheitsstrafen ausgesprochen wurden, vermag es kaum zu überzeugen, wenn dieses Ermessen zwar in dem Sinne eingeschränkt wird, dass die Möglichkeit durch eine Verpflichtung ersetzt, gleichzeitig der Strafraumen jedoch um ein halbes Jahr nach unten (!) erweitert wird. Folgte man der Logik des Berichts würde dies ja bedeuten, dass die Gerichte künftig noch tiefere Freiheitsstrafen aussprechen könnten, was ja offenbar gerade nicht gewünscht ist.

Vgl. die allgemeinen Ausführungen zum Ermessen der Gerichte S. 21 ff.

Die Änderung der Bestimmung wird abgelehnt.

14. Ad Art. 144^{bis} Ziff. 1 Abs. 2 und Ziff. 2 Abs. 2 Datenbeschädigung

Ziff. 1 Abs. 2: Die Mindeststrafe wird von einem Jahr Freiheitsstrafe auf sechs Monate reduziert, wobei auf die Ausführungen zu Art. 144 Abs. 3 (Strafmass) verwiesen wird. Zudem sei die „kann“- durch eine „ist“-Vorschrift zu ersetzen, wobei ebenfalls auf die Ausführungen zu Art. 144 Abs. 3 verwiesen wird.

*Ziff. 2 Abs. 2: Die Mindeststrafe bei gewerbsmässigem Handeln soll auf sechs Monate Freiheitsstrafe reduziert werden, wobei auf die Ausführungen zu Art. 139 Ziff. 2 verwiesen wird. Zudem sei die „kann“- durch eine „ist“-Vorschrift zu ersetzen, wobei hierfür auf die Ausführungen zu Art. 144 Abs. 3 verwiesen wird.*¹²⁹

Ziff. 1: Es kann auf die Ausführungen zu Art. 144 Abs. 3 verwiesen werden.

Ziff. 2: Vgl. Ausführungen zu Art. 139 und Art. 144 Abs. 3.

¹²⁷ Bericht, S. 18.

¹²⁸ Bericht, S. 18.

¹²⁹ Bericht, S. 18.

Die Änderung der Bestimmung wird abgelehnt.

15. Ad Art. 146 Abs. 2 Betrug

Die Mindeststrafe bei gewerbsmässigem Handeln soll auf sechs Monate Freiheitsstrafe erhöht werden, wobei auf die Ausführungen zu Art. 139 Ziff. 2 verwiesen wird. Bereits heute läge die Mehrheit der ausgefallten Freiheitsstrafen über dieser Grenze.¹³⁰

Vgl. die Ausführungen zu Art. 139. Selbst wenn sämtliche Fälle – und vorliegend ist lediglich von der Mehrheit die Rede – oberhalb einer bestimmten Grenze innerhalb des Strafrahmens zu liegen kommen, bedeutet dies nicht, dass das Ermessen des Gerichts für künftige – allenfalls anders liegende Fälle – beschnitten werden müsste, indem man eine höhere, näher bei den durchschnittlich ausgefallten Urteilen gelegene Mindeststrafe einführt.

Die Änderung der Bestimmung wird abgelehnt.

16. Ad Art. 147 Abs. 2 Betrügerischer Missbrauch einer Datenverarbeitungsanlage

Die Mindeststrafe bei gewerbsmässigem Handeln soll auf sechs Monate Freiheitsstrafe erhöht werden, wobei auf die Ausführungen zu Art. 139 Ziff. 2 verwiesen wird. Tendenziell betrügen die Strafen bereits heute sechs Monate Freiheitsstrafe oder mehr, wobei nur wenige Verurteilungen vorlägen.¹³¹

Vgl. die Ausführungen zu Art. 139 und 146. Besonders bemerkenswert ist, dass offenbar aufgrund weniger Urteile – gemäss BFS sind allerdings gestützt auf Art. 147 (Abs. 1-3) seit dessen Inkrafttreten rund 7'100 Urteile ergangen – vom Ist- auf den Sollzustand und damit auf eine generelle Anhebung der geschlossen werden konnte.

Die Änderung der Bestimmung wird abgelehnt.

17. Ad Art. 148 Abs. 2 Check- und Kreditkartenmissbrauch

Die Mindeststrafe bei gewerbsmässigem Handeln soll auf sechs Monate Freiheitsstrafe erhöht werden, wobei auf die Ausführungen zu Art. 139 Ziff. 2 verwiesen wird. Weil nur vier Verurteilungen vorliegen, sei keine Aussage zur Strafpraxis möglich.¹³²

Vgl. die Ausführungen zu Art. 139, 146 und 147.

Die Änderung der Bestimmung wird abgelehnt.

18. Ad Art. 150^{bis} Herstellen und Inverkehrbringen von Materialien zur unbefugten Entschlüsselung codierter Angebote

Diese Bestimmung soll zwar im Strafgesetzbuch aufgehoben werden, in der identischen Form aber als Art. 52a neu in das Fernmeldegesetz eingefügt werden. Obschon das Vermögen betroffen sei und daher die Bestimmung im Vermögensstrafrecht anzusiedeln sei, treffe dies für eine Vielzahl von anderen Strafbestimmungen im Nebenstrafrecht zu. Zudem komme Art. 150^{bis} mit sechs Verurteilungen pro Jahr keine grosse Bedeutung zu. Aus diesen Gründen sei die Bestimmung ins Fernmeldegesetz zu überführen.

In der Botschaft zu Art. 150^{bis} hatte der Gesetzgeber diese Bestimmung aufgrund des geschütztes Rechtsguts Vermögen klar als Strafnorm in das Vermögensstrafrecht eingeordnet. Zudem wurde sie systematisch nach Art. 150 eingereiht, weil sie als er-

¹³⁰ Bericht, S. 18 f.

¹³¹ Bericht, S. 19.

¹³² Bericht, S. 19.

gänzender Tatbestand die unbefriedigende Situation verbessern sollte, neben den privaten Gerätebenutzern (Art. 150) auch die Händler von Decodiergeräten strafrechtlich zu erfassen.¹³³ Das soll nun alles 15 Jahre später nicht mehr gelten. Auch die Rechtsgutsorientierung, die der Bericht sonst so unglaublich zentral betont, wird nonchalant hinweggefegt.

Betrachtet man zudem die Strafbestimmungen im FMG (Art. 49 Fälschen oder Unterdrücken von Informationen, Art. 50 Unbefugtes Verwerten von Informationen, Art. 51 Stören des Fernmeldeverkehrs und des Rundfunks, Art. 52 Übertretungen und Art. 53 Ordnungswidrigkeit und Art. 54 Andere Strafbestimmungen) wird ersichtlich, dass sie vorwiegend in einem technischen Zusammenhang mit der Benutzung von Fernmeldeanlagen stehen. Art. 150^{bis} hingegen berührt nur dann die Fernmeldedienste, wenn Materialien zur unbefugten Entschlüsselung codierter Fernmeldedienstangebote hergestellt oder in Verkehr gebracht werden. Würde man Art. 150^{bis} als neuen Art. 52a ins FMG einfügen, wäre dessen Regelungsgehalt in Bezug auf alle codierten Angebote, die nicht von einem Fernmeldedienst ausgehen, deplaciert. Der Bericht liefert denn auch keine stichhaltigen Gründe für die Streichung im StGB.

Die Aufhebung der Bestimmung im StGB und gleichzeitige Einfügung im FMG wird abgelehnt.

19. *Ad Art. 153 Unwahre Angaben gegenüber Handelsregisterbehörden*

Bei dieser Bestimmung soll die Höchststrafe von drei Jahren Freiheitsstrafe oder Geldstrafe auf ein Jahr Freiheitsstrafe oder Geldstrafe reduziert werden. Mit der Aufnahme dieser Bestimmung ins StGB hätte man ihr einerseits erhöhte Bedeutung beimessen wollen, andererseits sei sie eine sinnvolle Ergänzung zu Art. 253. Die Erhöhung der Strafdrohung wurde mit erhöhter Wirksamkeit und einer effizienteren Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität begründet¹³⁴. Die Strafdrohung erscheine aber heute unverhältnismässig hoch, da es sich um einen Auffangtatbestand handle und die unwahre Eintragung einer rechtlich erheblichen Tatsache nach Art. 253 verfolgt werde. Vor der letzten AT-Revision seien vorwiegend Bussen ausgesprochen worden; der Strafraumen entspreche ganz offensichtlich nicht der Rechtswirklichkeit, weshalb die Freiheitsstrafe auf maximal ein Jahr zu beschränken sei.¹³⁵

Wieder wird hier behauptet, der Strafraumen entspreche „ganz offensichtlich“ nicht der Rechtswirklichkeit. Wieder ist ganz offensichtlich, dass nicht klar ist, was „ganz offensichtlich“ meinen könnte. Denn wenn eine Praxis geringer Strafen die Rechtswirklichkeit darstellt, an die es sich anzupassen gilt, woher dann die Kritik an den Gerichten, die sonst im Bericht zur Erhöhung der Strafraumen führt?

Es ist zutreffend, dass Art. 153 insofern als Auffangtatbestand von Art. 253 aufgefasst werden kann, als er eine andere Teilmenge von Tatsachen erfasst. Während Art. 253 nur entsprechende Tathandlungen in Bezug auf rechtlich erhebliche Tatsachen unter Strafe stellt, sind von Art. 153 die nicht rechtlich erheblichen Tatsachen erfasst.¹³⁶

Obschon in den Jahren 1995 bis 2009 jährlich im Mittel nur 2,67 Verurteilungen gestützt auf diese Bestimmung ergingen, hat die Anzahl der Urteile seit 2007 (2007: 4,

¹³³ BBl 1996, 1452.

¹³⁴ BBl 1991, 1037.

¹³⁵ Bericht, VE, S. 19 f.

¹³⁶ BBl 1991, 1036 f.; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER (Fn. 85), § 16 N 75; TRECHSEL ET AL., Praxiskommentar, Art. 153 N 1

2008 : 5 und 2009 : 7 Verurteilungen) deutlich zugenommen. Ob angesichts dieser Entwicklung eine Änderung sinnvoll ist, kann offenbleiben.

Der Änderung der Bestimmung basierend auf dieser Nichtbegründung wird abgelehnt.

20. Ad Art. 155 Ziff. 2 Warenfälschung

Bei gewerbsmässigem Handeln soll eine Mindeststrafe von sechs Monate Freiheitsstrafe eingeführt werden, wobei auf die Ausführungen zu Art. 139 Ziff. 2 verwiesen wird.¹³⁷

Vgl. die Ausführungen zu Art. 139 und 146.

Die Änderung der Bestimmung wird abgelehnt.

21. Ad Art. 156 Ziff. 2 Erpressung

Die Mindeststrafe bei gewerbsmässigem Handeln oder fortgesetzter Erpressung der gleichen Person soll auf sechs Monate Freiheitsstrafe reduziert werden, wobei auf die Ausführungen zu Art. 139 Ziff. 2 verwiesen wird.¹³⁸

Es kann auf die vorgehenden allgemeinen Ausführungen bezüglich Anpassungen von Mindeststrafen¹³⁹ sowie auf die Ausführungen zu Art. 139 StGB¹⁴⁰ verwiesen werden.

Die Änderung der Bestimmung wird abgelehnt.

22. Ad Art. 157 Ziff. 2 Wucher

Bei gewerbsmässigem Handeln soll die Mindeststrafe auf sechs Monate Freiheitsstrafe reduziert werden, wobei auf die Ausführungen zu Art. 139 Ziff. 2 verwiesen wird. Die Freiheitsstrafen würden heute teilweise deutlich über einem Jahr liegen.¹⁴¹

Es kann auf die allgemeinen Ausführungen bezüglich Anpassungen von Mindeststrafen¹⁴² sowie auf die Ausführungen zu Art. 139 StGB¹⁴³ verwiesen werden.

Die Änderung der Bestimmung wird abgelehnt.

23. Ad Art. 158 Ziff. 1 Abs. 3 Ungetreue Geschäftsbesorgung

Bei dieser Bestimmung soll die Mindeststrafe gestrichen und die Höchststrafe durch die Möglichkeit, eine Geldstrafe auszusprechen, ergänzt werden. Zudem soll die „kann“- durch eine „ist“-Vorschrift ersetzt werden. Begründet wird dies damit, dass der Unrechtsgehalt der Norm aufgrund der Rechtsprechung des Bundesgerichts, die mit der Revision 1995 übernommen wurde, nicht mehr gleich war. Verwiesen wird auch auf die allgemeinen Ausführungen in Ziff. 1.3. Mit der Änderung würde in den Fällen von Bereicherungsabsicht (Ziff. 1 Abs. 3 und Ziff. 2) die gleiche Strafe angedroht. Das Tatbestands- und Rechtsfolgeermessen habe in der Praxis dazu geführt, dass vorwiegend Freiheitsstrafen unter einem Jahr ausgesprochen worden seien.¹⁴⁴

¹³⁷ Bericht, S. 20.

¹³⁸ Bericht, S. 20.

¹³⁹ Vorstehend S. 16 ff.

¹⁴⁰ Vorstehend S. 36 ff.

¹⁴¹ Bericht, S. 20.

¹⁴² Vorstehend S. 16 ff.

¹⁴³ Vorstehend S. 36 ff.

¹⁴⁴ Bericht, S. 20.

Obwohl hier ausnahmsweise mit der Aufhebung der Mindeststrafe eine Entschärfung angestrebt wird, muss festgehalten werden: Die Begründung ist unlogisch, da das Bundesgericht den Begriff der Gewinnsucht schon deutlich vor der Revision von 1995 kaum anders als den Begriff der Bereicherungsabsicht verstanden hatte. Insofern wurde der Gesetzestext an die tatsächliche Praxis angepasst, wodurch sich aber der Unrechtsgehalt nicht änderte. Der Punkt dürfte wohl eher der sein, dass die Strafandrohung von Art. 158 Ziff. 1 Abs. 3 vor der Revision des AT StGB Zuchthaus bis zu fünf Jahren war. Nach Art. 35 aStGB betrug deren kürzeste Dauer 1 Jahr.

Die Änderung der Bestimmung wird abgelehnt.

24. *Ad Art. 160 Ziff. 2 Hehlerei*

*Die Mindeststrafe bei gewerbsmässigem Handeln soll auf sechs Monate Freiheitsstrafe erhöht werden, wobei auf die Ausführungen zu Art. 139 Ziff. 2 verwiesen wird. Bereits heute komme die Mehrheit der ausgesprochenen Freiheitsstrafen über diese Grenze zu liegen.*¹⁴⁵

Vgl. die Ausführungen zu Art. 139 und 146.

Die Änderung der Bestimmung wird abgelehnt.

25. *Ad Art. 168 Bestechung bei Zwangsvollstreckung*

Der Art. 168 soll neu formuliert, inhaltlich aber nicht verändert werden.

Keine Bemerkungen.

26. *Ad Art. 171 Abs. 2 Gerichtlicher Nachlassvertrag*

Diese Bestimmung soll aufgehoben werden, weil Art. 171 Abs. 2 durch Art. 53 ersetzt worden sei, „wenn auch beide Bestimmungen nicht deckungsgleich sind“. Es sei aber stossend, wenn für die Wiedergutmachung verschiedene Massstäbe gelten würden.

In der Lehre wird Art. 171 Abs. 2 als *lex specialis* zu Art. 48 lit. d verstanden.¹⁴⁶ Auch der Bericht anerkennt, dass es sich um eine besondere Form der Wiedergutmachung handle. Die Bestimmung geht insoweit über Art. 48 lit. d hinaus, als die Strafe nicht nur gemildert, sondern auch gänzlich von ihr abgesehen werden kann. Darüber hinaus kann im Gegensatz zur Strafzumessungsregel in Art. 48 lit. d gemäss Art. 171 Abs. 2 auch bereits von der Strafverfolgung oder von der Überweisung an das Gericht abgesehen werden. Im Unterschied zu Art. 53 müssen dafür keine weiteren Voraussetzungen erfüllt sein.

Der historische Gesetzgeber fügte dazumal Art. 171 Abs. 2 ein als einen „besonderen Fall der **aufrichtigen Reue**, der allerdings in seinen Wirkungen über Art. 64 (heute: 48 lit. d) StGB hinausgeht“.¹⁴⁷ Die Botschaft führt aus, die Expertenkommission hätte darauf verzichtet, eine allgemeine Vorschrift über die **tätige Reue** bei Vermögensdelikten aufzustellen, und hätte angeregt, dieses Anliegen im Rahmen der Revision des Allgemeinen Teils des StGB weiter zu verfolgen. Der von Prof. H. Schultz erstellte Vorentwurf für die Revision des Allgemeinen Teils habe denn auch in einem neuen Artikel 55 generelle Vorschriften über die **„Wiedergutmachung“** vorgesehen, die in ihren Voraussetzungen Art. 171 Abs. 2 sehr nahekämen.¹⁴⁸

¹⁴⁵ Bericht, S. 21.

¹⁴⁶ BSK StGB²-BRUNNER, Art. 171 N 10; TRECHSEL ET AL., Praxiskommentar, Art. 171 N 3.

¹⁴⁷ BBl 1991, 1070.

¹⁴⁸ BBl 1991, 1070 f.

Zunächst ist festzuhalten, dass in dieser Passage offenbar Unklarheiten über den Unterschied zwischen der aufrichtigen und der tätigen Reue sowie der Wiedergutmachung bestehen. Die aufrichtige Reue ist heute in Art. 48 lit. d als Strafmilderungsgrund geregelt. Art. 23 handelt vom Rücktritt und der tätigen Reue. In Art. 53 hingegen ist die Wiedergutmachung im Sinne eines Strafbefreiungsgrundes geregelt. In der Botschaft von 1991 steht nichts anderes, als dass Art. 53 die allgemeine Vorschrift zur tätigen Reue darstelle. Art. 171 Abs. 2 ist im Gegensatz hierzu ein Sonderfall der aufrichtigen Reue und kann demnach auch nicht durch Art. 53, d.h. einer Vorschrift zur tätigen Reue ersetzt werden.

Selbst wenn man aber davon ausginge, dass der Gesetzgeber im Rahmen der Revision der Vermögensdelikte der Meinung war, dass gegebenenfalls eine allgemeine Vorschrift zur Wiedergutmachung Art. 171 Abs. 2 ersetzen könnte, mag doch einigermassen erstaunen, dass diese Änderung bei der Revision des Allgemeinen Teils des StGB nicht vorgenommen wurde¹⁴⁹. Sei dies gewollt oder ungewollt – fest steht, dass heute, rund 20 Jahre später, eine solche Begründung nicht stichhaltig ist, um eine faktische Strafschärfung einzuführen.

Die Aufhebung dieser Bestimmung wird daher abgelehnt.

27. *Ad Art. 171^{bis} Widerruf des Konkurses*

Diese Bestimmung soll aufgehoben werden mit der gleichen Begründung wie zu Art. 171 Abs. 2 StGB.

Es handelt sich bei Art. 171^{bis} um einen fakultativen Strafbarkeitsaufhebungsgrund. Anders als bei Art. 171 Abs. 2 erfolgt der Widerruf des Konkurses gemäss Abs. 1 durch den Konkursrichter, d.h. erst wenn diese von konkreten Bedingungen (Art. 195 SchKG) abhängige Entscheidung gefällt wurde, kann darüber befunden werden, ob von der Strafverfolgung, der Überweisung ans Gericht oder von der Bestrafung abgesehen wird.

Der historische Gesetzgeber fügte Art. 171^{bis} ein, um stossende Härtefälle zu vermeiden, die sich ergeben hätten, wenn der Schuldner auch strafrechtlich verantwortlich geblieben wäre, obschon alle Gläubiger ihre Konkurseingaben zurückgezogen hätten (was regelmässig nach deren Befriedigung geschieht, oder wenn ein Nachlassvertrag zustande gekommen ist; Art. 195 SchKG). Zudem sollte durch diese Bestimmung für diese Täter ein Anreiz geschaffen werden, die Gläubiger zu befriedigen oder ihnen einen akzeptablen Nachlassvertrag anzubieten, um den Konkurswiderruf auszulösen.¹⁵⁰ „Dass er dadurch bis zur eventuellen Schaffung einer allgemeinen Bestimmung über die **tätige Reue** als Voraussetzung fakultativer Strafbefreiung gegenüber anderen Delinquenten (deren **aufrichtige Reue** nur im Rahmen von Art. 64 StGB berücksichtigt werden kann) bevorzugt ist, kann nicht bestritten werden. Doch wäre es umgekehrt fragwürdig, nur aus diesem Grund, der in absehbarer Zeit dahinfallen dürfte, auf die vorgeschlagene Regelung, mit der die Position der Gläubiger substantiell verbessert wird, zu verzichten.“¹⁵¹

Auch hier zeigt sich die unbedarfte Verwendung juristisch besetzter Begriffe, doch kann hierfür auf die Ausführungen zu Art. 171 Abs. 2 verwiesen werden. Anders als bei Art. 171 Abs. 2 wird zu Art. 171^{bis} in der Botschaft 1991 festgehalten, dass diese Bestimmung nur bis zur Schaffung einer allgemeinen Vorschrift zur tätigen Reue Bestand haben soll. Auch hier stellt sich allerdings die grundsätzliche Frage, ob nicht

¹⁴⁹ Vgl. BBl 1999, 1979 ff., insbesondere 2065 f.

¹⁵⁰ BBl 1991, 1071 f.

¹⁵¹ BBl 1991, 1072.

die allgemein Vorschrift zur tätigen Reue in Art. 23 zu suchen ist (vgl. die entsprechende Marginalie), und nicht in Art. 53, bei dem von Wiedergutmachung die Rede ist.

Selbst wenn man aber davon ausginge, dass der Gesetzgeber im Rahmen der Revision der Vermögensdelikte der Meinung war, dass gegebenenfalls eine allgemeine Vorschrift zur Wiedergutmachung Art. 171^{bis} ersetzen könnte, erstaunt, dass diese Änderung bei der Revision des Allgemeinen Teils des StGB nicht vorgenommen wurde¹⁵². Heute, rund 20 Jahre später, erscheint eine derartige Begründung nicht stichhaltig ist, um eine faktische Strafschärfung einzuführen.

Art. 171^{bis} Abs. 2 wurde Art. 171 Abs. 2 nachempfunden¹⁵³, weshalb auf die entsprechenden Ausführungen verwiesen wird.

Die Aufhebung der Bestimmung wird abgelehnt.

28. Ad Art. 172^{bis} Verbindung von Freiheitsstrafe mit Geldstrafe

Der Ausdruck „Richter“ wird durch den geschlechtsneutralen Begriff „Gericht“ ersetzt.

Hingewiesen sei darauf, dass der Richter im per 2007 revidierten AT StGB munter weiterlebt.

29. Ad Art. 173 Ziff. 5 Üble Nachrede

Keine Erläuterungen im Bericht.

Der Ausdruck „Richter“ wird durch den geschlechtsneutralen Begriff „Gericht“ ersetzt.

Hingewiesen sei darauf, dass der Richter im per 2007 revidierten AT StGB munter weiterlebt.

30. Ad Art. 174 Ziff. 2 und 3 Verleumdung

Ziff. 2: Die Mindeststrafe von 30 Tagessätzen Geldstrafe soll auf Freiheitsstrafe von 90 Tagen oder 90 Tagessätzen Geldstrafe erhöht werden, weil die planmässige Verleumdung für das Opfer sehr belastend sei und weitreichende Konsequenzen haben könne. In der Praxis werde die aktuelle Mindeststrafe von 30 Tagen Geldstrafe nur leicht überschritten.

Vergleiche die allgemeinen Ausführungen zu Mindeststrafen S. 16 ff.

Die Änderung der Bestimmung wird abgelehnt.

Ziff. 3: Der Ausdruck „Richter“ wird durch den geschlechtsneutralen Begriff „Gericht“ ersetzt.

Hingewiesen sei darauf, dass der Richter im per 2007 revidierten AT StGB munter weiterlebt.

31. Ad Art. 177 Beschimpfung

In Abs. 1 soll die Höchststrafe von 90 Tagessätzen Geldstrafe aufgehoben werden. Da bei der üblen Nachrede die Höchststrafe bis zu sechs Monaten Freiheitsstrafe oder 180 Tagessätzen Geldstrafe laute und die bisherigen Abstufungen beibehalten werden sollen, sei die Beschimpfung in eine Übertretung umzuwandeln. Bis 2006 seien in der Praxis vorwiegend Bussen ausgesprochen worden.

¹⁵² Vgl. BBl 1999, 1979 ff., insbesondere 2065 f.

¹⁵³ BBl 1991, 1072.

Abs. 1: Es handelt sich hierbei um eine der wenigen Bestimmungen des Vorentwurf, die nicht verschärft, sondern entschärft werden sollen. Da die aktuelle Höchststrafe 90 Tagessätze Geldstrafe beträgt, künftig aber eine Busse angedroht werden soll, bleibt es (wird der bedingte Strafvollzug nicht berücksichtigt) eine theoretische Frage, ob eine Geldstrafe von 90 Tagessätzen oder eine Busse die einschneidendere Strafe darstellt. Nach geltendem Recht aber erscheint die Veränderung im Hinblick auf den bedingten Strafvollzug zweifelsfrei als Strafschärfung, kann doch die Busse nicht bedingt oder teilbedingt ausgefällt werden.

Entscheidend ist die Änderung des Deliktstyps vom Vergehen zur Übertretung, was u.a. zur Folge hat, dass nicht mehr sämtliche Verurteilungen nach Art. 177 ins Strafregister eingetragen werden müssten und die Verjährungsfrist in Art. 109 zur Anwendung gelangte (nicht Art. 178, der einzig Vergehen gegen die Ehre behandelt).¹⁵⁴

*In den Abs. 2 und 3 soll der Ausdruck „Richter“ durch den geschlechtsneutralen Begriff „Gericht“ ersetzt werden.*¹⁵⁵

Hingewiesen sei darauf, dass der Richter im per 2007 revidierten AT StGB munter weiterlebt.

Die Revision der Bestimmung wird abgelehnt.

32. *Ad Art. 178 Verjährung*

*Die Bestimmung soll aufgehoben werden, weil keine Veranlassung bestehe, für die Ehrverletzungsdelikte kürzere Verjährungsfristen vorzusehen und es nur in wenigen Fällen Jahre später zu einem Verfahren komme.*¹⁵⁶

Die im Bericht angeführte Begründung verfängt schon deshalb nicht, weil der Vorentwurf selbst vorsieht, die Beschimpfung in eine Übertretung umzuwandeln.¹⁵⁷ Übertretungen verjähren gemäss Art. 109 StGB innert drei Jahren, d.h. im Falle der Beschimpfung würde die Verjährungsfrist zusätzlich verkürzt. Wenn auch bei der Verleumdung (Art. 174) und der üblen Nachrede (Art. 173) die Verjährungsfristen um drei Jahre kürzer ausfallen als bei anderen Vergehen (Art. 97 Abs. 1 lit. c), so ist dies dennoch gerechtfertigt, weil ein grosser Teil des Persönlichkeitsschutzes durch das Zivilgesetzbuch geregelt ist und entsprechende Verletzungen bzw. der daraus resultierende Schaden über Art. 28 ff. ZGB ausgeglichen werden kann. Zu beachten ist auch, dass die durch eine Ehrverletzung begründete Friedensstörung in der Regel verhältnismässig rasch abklingt und meist keine bleibenden Folgen zeitigt.¹⁵⁸

Inwiefern diese Änderung mit der Harmonisierung von Strafrahmen überhaupt auch nur annähernd etwas zu tun haben könnte, bleibt offen.

Die Aufhebung der Bestimmung wird abgelehnt.

¹⁵⁴ Vgl. Art. 3 Abs. 1 lit. a der Verordnung über das Strafregister (VOSTRA-Verordnung; SR 311) (Vergehen) und Art. 3 Abs. 1 lit. c und d VOSTRA-Verordnung (Übertretungen).

¹⁵⁵ Bericht, S. 22.

¹⁵⁶ Bericht, S. 22.

¹⁵⁷ Vgl. Bericht, S. 22.

¹⁵⁸ TRECHSEL ET AL., Praxiskommentar, Art. 178 N 1.

33. *Ad Art. 179 Verletzung des Schriftgeheimnisses*

Der Strafrahmen soll mit Rücksicht auf die Art. 179^{bis} ff. erhöht werden. Das Rechtsgut schein weitgehend gleich oder ähnlich zu sein und es sei nicht nachvollziehbar, weshalb die Strafdrohung zuvor nie angepasst worden sei.¹⁵⁹

Gemäss der Lehre ist das von Art. 179 StGB geschützte Rechtsgut das Schrift- und Sendungsgeheimnis¹⁶⁰, bei Art. 179^{bis} hingegen die Unbefangenheit der menschlichen Kommunikation in der Privatsphäre¹⁶¹. Selbst wenn das Rechtsgut identisch wäre (was dezidiert nicht der Fall ist), müsste das nicht die gleiche Strafandrohung bedingen (das Rechtsgut bei Mord, vorsätzlicher Tötung oder Totschlag ist ja auch identisch). Zu bedenken ist weiter, dass die Tathandlung von Art. 179^{bis} immerhin voraussetzt, dass ein nichtöffentliches Gespräch aufgenommen wird. Nicht öffentlich ist es dann, wenn die Gesprächsteilnehmer in der begründeten Erwartung ein Gespräch führen, das ohne technische Hilfsmittel nicht abgehört werden kann.¹⁶² Eine Verletzung des Schriftgeheimnisses kann demgegenüber ganz einfach und ohne grosse kriminelle Energie oder technische Hilfsmittel, ja sogar aus Irrtum oder Fahrlässigkeit heraus erfolgen. Die unterschiedlichen Strafmasse rechtfertigen sich entsprechend durchaus.

Die im Bericht vorgebrachte Begründung geht entsprechend fehl. Wenig überraschend ist auch, dass überhaupt nicht geprüft wurde, ob die Strafandrohungen von Art. 179^{bis} ff. StGB vielleicht zu hoch und an Art. 179 StGB anzupassen wären.

Die Änderung der Bestimmung wird abgelehnt.

34. *Ad Art. 179^{ter} Abs. 2 Unbefugte Aufnahmen von Gesprächen*

Der letzte Teilsatz („oder einem Dritten vom Inhalt der Aufnahme Kenntnis gibt“) werde gestrichen, weil er bedeutungslos sei. In der Lehre würden die romanischen Fassungen, die diese Formulierung nicht enthalten, als die richtigen Fassungen bezeichnet.¹⁶³

Keine Bemerkungen.

35. *Ad Art. 179^{quinquies} Abs. 2 Nicht strafbare Aufnahmen*

Abs. 2 soll geändert werden, weil der Verweis im geltenden Recht verwirrend sei, zumal eine rein grammatikalische Auslegung dazu führen würde, dass die legal nach Abs. 1 erstellten Aufnahmen keinen erlaubten Verwendungszweck haben könnten. Strafflos soll sein, was nach Abs. 1 zum Zwecke der Beweisführung erfolge. Solche Aufzeichnungen dürften aber Dritten, Aussenstehenden weder zugänglich gemacht, noch weiter- oder bekanntgegeben werden. Die Aufnahmen müssten nach Dahinfallen der Notwendigkeit oder des Interesses an einer Beweisführung analog dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz in Art. 4 Abs. 2 DSG gelöscht werden.¹⁶⁴

Vgl. dazu BSK StGB²-VON INS/WYDER, Art. 179^{quinquies} N 8. Ansonsten keine Bemerkungen.

¹⁵⁹ Bericht, S. 22.

¹⁶⁰ Vgl. BSK StGB²-VON INS/WYDER, Art. 179 N 7.

¹⁶¹ Vgl. BSK StGB²-VON INS/WYDER, Art. 179^{bis} N 3.

¹⁶² BSK StGB²-VON INS/WYDER, Art. 179^{bis} N 10.

¹⁶³ Bericht, S. 22.

¹⁶⁴ Bericht, S. 22.

36. *Ad Art. 179^{septies} Missbrauch einer Fernmeldeanlage*

Die heutige Strafan drohung erscheine angesichts der teilweise massiven Beunruhigungen und Belästigungen als zu niedrig. Eine Angleichung an die Strafan drohung von Art. 186 erscheine als angebracht. Zudem würden die subjektiven Elemente Bosheit und Mutwillen gestrichen, da nach der Rechtsprechung in objektiver Hinsicht lästige oder beunruhigende Anrufe eine gewisse minimale, quantitative Intensität und/oder qualitative Schwere erreichen müssten. Diese Formulierung verhindere, dass Telefonwerbung u.Ä. strafbar würden, wenn sie nicht unzählige Male an die gleiche Adresse versandt würden.¹⁶⁵

Vorweg ist schlicht nicht nachvollziehbar, warum diese Bestimmung mit dem Hausfriedensbruch verglichen wird. Man kann nicht einmal sagen, dass eines beides zu Hause treffe, da viele Belästigungen auch auf Mobiltelefone (Anrufe und SMS) erfolgen. Die „Gleichwertigkeit“ der beiden Delikte ist entsprechend höchst fragwürdig, vgl. dazu im Übrigen die Ausführungen zu Art. 186 StGB.¹⁶⁶

Was die subjektiven Elemente Mutwillen und Bosheit betrifft, so betreffen sie nicht die (objektive) Intensität der Anrufe, sondern die Willensrichtung des Täters. Bosheit liegt vor, wenn der Täter die Tat begeht, um sich durch die Belästigung des Opfers Befriedigung zu verschaffen bzw. das Opfer zu ärgern oder zu treffen. Mutwillen bedeutet rücksichtsloses Handeln in Befolgung momentaner Launen.¹⁶⁷ Denkbar sind entsprechend Varianten, wo Anrufe zwar aus Bosheit oder Mutwillen unternommen werden, aber die objektive Intensität nicht erreicht wird. Andererseits können Anrufe ohne Mutwillen oder Bosheit trotzdem eine gewisse Intensität erreichen, was neu wohl strafbar werden würde. Das könnte bspw. den unglücklich Verliebten treffen, der seine Angebetete zu umwerben sucht und weder mutwillig noch boshaft handelt. Die genannten subjektiven Elemente haben entsprechend durchaus selbstständige Bedeutung, anders als der Bericht dies suggeriert. Entsprechendes findet sich denn auch nicht in der Lehre. Tatsächlich geht es hier darum, mittels Streichung der einschränkenden subjektiven Tatbestandselemente den Anwendungsbereich von Art. 179^{septies} StGB auszuweiten, dies aber weder begründen noch anzeigen zu müssen – nicht zuletzt auch deshalb, weil die Tathandlung im Gesetz zu ungenau umrissen ist (Art. 1 StGB!).¹⁶⁸

Die Änderung der Bestimmung wird abgelehnt.

37. *Ad Art. 179^{octies} Abs. 1 Amtliche Überwachung, Straflosigkeit*

Keine Erläuterungen im Bericht.

Der Ausdruck Richter soll durch den geschlechtsneutralen Begriff des Gerichts ersetzt werden.

Hingewiesen sei darauf, dass der Richter im per 2007 revidierten AT StGB munter weiterlebt.

38. *Ad Art. 184 Erschwerende Umstände*

Die Bestimmung soll dahingehend geändert werden, dass die grausame Behandlung und die erhebliche Gefährdung des Opfers neu mit einer Mindeststrafe von drei Jahren anstelle von einem Jahr Freiheitsstrafe bedroht würden. Das Merkmal der grausamen Behandlung sei in verschiedenen Bestimmungen jeweils mit sehr unterschiedlichen Mindeststrafen enthalten.

¹⁶⁵ Bericht, S. 23.

¹⁶⁶ Nachfolgend S. 49 ff.

¹⁶⁷ Vgl. dazu BSK StGB²-VON INS/WYDER, Art. 179^{septies} N 9 f. m.w.H.

¹⁶⁸ Vgl. dazu BSK StGB²-VON INS/WYDER, Art. 179^{octies} N 5.

Diese unterschiedlichen Regelungen seien nicht nachvollziehbar, weshalb eine einheitliche Mindeststrafe von drei Jahren vorzusehen sei.¹⁶⁹

Vgl. Ausführungen zu Ziff. 4 von Art. 140.

Die Änderung der Bestimmung wird abgelehnt.

39. Ad Art. 186 Hausfriedensbruch

Neu soll die Höchststrafe für Hausfriedensbruch noch ein Jahr Freiheitsstrafe oder Geldstrafe betragen. Vor der letzten AT-Revision seien wegen Hausfriedensbruch sehr kurze Freiheitsstrafen oder Bussen ausgesprochen worden. Im Vergleich mit den Nachbarstaaten habe die Schweiz eine der höchsten Strafandrohungen. Der Strafraumen entspreche ganz offensichtlich nicht der Rechtswirklichkeit, weshalb die Freiheitsstrafe auf maximal ein Jahr zu beschränken sei.¹⁷⁰

Wird im Zusammenhang mit dem Hausfriedensbruch der Begriff Bagatelldelikt erwähnt, mutet dies angesichts der Statistiken etwas eigenartig an, zumal zwischen 1984 und 2009 knapp 70'000 Urteile zu allein diesem Artikel ergingen. Doch nicht nur mengenmässig kann keineswegs von Bagatelle gesprochen werden, auch das geschützte Rechtsgut „Hausrecht“, d.h. „die Befugnis, über einen bestimmten Raum ungestört zu herrschen und darin den eigenen Willen frei zu betätigen“¹⁷¹ ist als Element der Privatsphäre¹⁷² u.E. durchaus schutzbedürftig aber auch schutzwürdig.¹⁷³ Folgt man der Logik des Vorentwurfs bzw. des Berichts, bedeutete aber die Reduktion der Maximalstrafe nichts anderes, als dass dem geschützten Rechtsgut geringere Bedeutung als bis dato zugemessen wird, da der Wert des „Hausrechts“ offenbar „nur“ einer Strafe von einem, nicht aber drei Jahren Freiheitsstrafe entspräche.¹⁷⁴ Und doch horcht man auf bei der Formulierung: „Der Strafraumen entspricht ganz offensichtlich nicht der Rechtswirklichkeit“ - bricht hier die Resignation durch angesichts der Tatsache, dass es trotz der Androhung von drei Jahren Freiheitsstrafe oder Geldstrafe jährlich zu knapp 2'700 Verurteilungen allein gestützt auf dieses Delikt kommt? Die Antwort auf die Frage, wann ein Strafraumen der Rechtswirklichkeit entspricht, bleibt uns der Bericht leider schuldig.

Was die Rechtsvergleichung betrifft, so sei immerhin bemerkt, dass Österreich für bestimmte Varianten des Hausfriedensbruches in § 109 Abs. 3 A-StGB ebenfalls eine Höchststrafe von 3 Jahren Freiheitsentzug kennt, so aussergewöhnlich also keineswegs ist.

Die Änderung der Bestimmung wird abgelehnt.

40. Ad Art. 187 Ziff. 1 und 4 Sexuelle Handlungen mit Kindern

Bei den strafbaren Handlungen gegen die sexuelle Integrität sollen keine Mindeststrafen eingeführt werden und ausser in Art. 197 keine Maximalstrafen erhöht werden. Um deutlich zu machen, dass es sich bei den Delikten nach Art. 187-189, 191-193 sowie 195 keineswegs um Kavaliärsdelikte handle, solle bei diesen Bestimmungen aus kriminalpolitischen und generalpräventiven Gründen keine Geldstrafe mehr ausgesprochen werden können.¹⁷⁵ Bei Art. 187

¹⁶⁹ Bericht, S. 23.

¹⁷⁰ Bericht, S. 23.

¹⁷¹ BGE 112 IV 31 E. 3.

¹⁷² BGE 118 IV 41 E. 4e.

¹⁷³ Vgl. die Ausführungen S. 20 ff.

¹⁷⁴ Vgl. Bericht, S. 6.

¹⁷⁵ Bericht, S. 23 f.

sei die Einführung einer Mindeststrafe nicht angebracht, weil er eine Vielzahl von sexuellen Handlungen umfasse, deren Mannigfaltigkeit eine Kategorisierung mit verschiedenen Strafrahmen kaum zulasse. Weiter sei zu berücksichtigen, dass der Tatbestand auch erfüllt sein könne, wenn die sexuelle Beziehung von „Opfer“ und „Täter“ gewollt sei. Auch auf eine Erhöhung der Maximalstrafe könne verzichtet werden, da bei Übergriffen, die zusätzlich die sexuelle Freiheit des Opfers betreffen würden, Idealkonkurrenz mit der Art. 189, 190 und allenfalls 191 bestehe.¹⁷⁶

Über die kriminalpolitischen und generalpräventiven Gründe, die den Gesetzgeber zum Entscheid, die **Geldstrafe** bei dieser Bestimmung sowie bei Art. 187-189, 191-193 und 195 als Strafe zu streichen, bewogen hat, schweigt sich der Bericht auch in diesem Fall aus. Tatsache ist, dass offenbar angenommen wird, eine Geldstrafe sei für Kavaliersdelikte geeignet. Ein Delikt, das mit Freiheitsstrafe bis zu 3 Jahren oder Geldstrafe bedroht ist, stellt nach Art. 10 Abs. 2 StGB ein Vergehen dar. Es scheint also, dass der Bericht davon ausgeht, dass Vergehen Kavaliersdelikte seien. Das erscheint schlicht unzutreffend. Wenn überhaupt von Kavaliersdelikten die Rede sein kann, so doch höchstens bei Übertretungen. Die aber sind mit Busse bedroht, nicht mit Geldstrafe.

Zutreffend erscheint der Hinweis, dass die Einführung einer Mindeststrafe nicht angebracht sei aufgrund der Vielfalt möglicher strafbaren Handlungen, die in ihrem Unrechtsgehalt sehr unterschiedlich sein können. Bei der weiteren Lektüre des Berichts merkt man allerdings, dass dies nicht primärer Grund für die Zurückhaltung ist, vielmehr befürchtet offenbar der Bericht, dass die Gerichte bei einer Mindeststrafe geneigt sein könnten, den Begriff der sexuellen Handlungen neu zu definieren und entsprechend „nur“ noch mittlere und schwere Übergriffe (was auch immer darunter zu verstehen ist) zu sanktionieren. Auch hier dringt also die Angst des Gesetzgebers, die Gerichte könnten nicht hart genug strafen, deutlich zu Tage.¹⁷⁷

Obschon das Resultat, keine Erhöhung der Höchststrafe einzuführen, korrekt ist, erscheint die Begründung, die zu diesem Schluss führt, doch etwas verwirrend, weil der Eindruck entstehen könnte, dass Fälle sexueller Handlungen mit Kindern gleichzeitig einen der Tatbestände von Art. 189-191 erfüllten.

Die Änderung der Bestimmung wird deshalb abgelehnt.

41. *Ad Art. 188 Sexuelle Handlungen mit Abhängigen*

Ziff. 1: Die Bestimmung soll künftig als Strafdrohung Freiheitsstrafe bis drei Jahre, aber nicht mehr Geldstrafe enthalten. Zur Begründung wird auf die Ausführungen zu Art. 187 Ziff. 1 und 4 verwiesen.

Ziff. 2: Diese Bestimmung soll aufgehoben werden. Die in der Botschaft 1985 vertretene Ansicht, je mehr sich das Opfer der Mündigkeit und damit dem normalen Heiratsalter nähere, desto mehr rechtfertige sich diese Strafbefreiung, sei aus heutiger Sicht nicht mehr nachvollziehbar. Auch die Bestrebungen des Gesetzgebers, der veränderten Beziehung zwischen Täter und Opfer Rechnung zu tragen und die Ehe bzw. eingetragene Partnerschaft nicht von Anfang an mit einem Strafverfahren zu belasten, überzeuge kaum. Es gelte zu bedenken, dass es bei den Art. 188, 192 und 193 unter Ausnutzung der Abhängigkeit des Opfers zu sexuellen Handlungen komme, was nicht durch die Möglichkeit der Strafbefreiung bei einer nachträglichen Eheschliessung bzw. Eintragung der Partnerschaft verharmlost und legitimiert werden könne. Hingegen sei es bei sexuellen Handlungen mit Kindern durchaus möglich, dass die

¹⁷⁶ Bericht, S. 9 f.

¹⁷⁷ Vgl. Ausführungen S. 20 ff.

sexuelle Beziehung von „Opfer“ und „Täter“ gewollt sei, weshalb eine Strafbefreiung vertretbar sei. Im Übrigen könne eine Strafbefreiung über die Art. 52 und 53 erreicht werden.¹⁷⁸

Ziff. 1: Vgl. unsere Ausführungen zu Art. 187.

Ziff. 2: In aller Deutlichkeit offenbart sich der unbändige Wille des Berichts, auch Sexualdelikte schärfer zu ahnden. Die Revision der 90er Jahre wird global verworfen, ohne detailliertere Begründung, sondern ausschliesslich unter Hinweis auf allgemeine Behauptungen, die nicht belegt werden.

Die Aufhebung der Bestimmung wird abgelehnt.

42. Ad Art. 189 Abs. 1 Sexuelle Nötigung

Die Bestimmung soll künftig als Strafdrohung Freiheitsstrafe bis zehn Jahre, aber nicht mehr Geldstrafe enthalten. Zur Begründung wird auf die Ausführungen zu Art. 187 Ziff. 1 und 4 verwiesen.¹⁷⁹

Vgl. unsere Ausführungen zu Art. 187.

Die Änderung der Bestimmung wird abgelehnt.

43. Ad Art. 191 Schändung

Die Bestimmung soll künftig als Strafdrohung Freiheitsstrafe bis zehn Jahre, aber nicht mehr Geldstrafe enthalten. Zur Begründung wird auf die Ausführungen zu Art. 187 Ziff. 1 und 4 verwiesen.¹⁸⁰

Vgl. unsere Ausführungen zu Art. 187.

Die Änderung der Bestimmung wird abgelehnt.

44. Ad Art. 192 Sexuelle Handlungen mit Anstaltspfleglingen, Gefangenen, Beschuldigten

Abs. 1: Die Bestimmung soll künftig als Strafdrohung Freiheitsstrafe bis drei Jahre, aber nicht mehr Geldstrafe enthalten. Zur Begründung wird auf die Ausführungen zu Art. 187 Ziff. 1 und 4 verwiesen.

Abs. 2: Diese Bestimmung soll aufgehoben werden. Zur Begründung wird auf die Ausführungen zu Art. 188 Ziff. 2 verwiesen.

Abs. 1: Vgl. unsere Ausführungen zu Art. 187.

Abs. 2: Vgl. unsere Ausführungen zu Art. 188 Ziff. 2.

Die Änderung der Bestimmung wird abgelehnt.

45. Ad Art. 193 Ausnützung der Notlage

Abs. 1: Die Bestimmung soll künftig als Strafdrohung Freiheitsstrafe bis drei Jahre, aber nicht mehr Geldstrafe enthalten. Zur Begründung wird auf die Ausführungen zu Art. 187 Ziff. 1 und 4 verwiesen.

¹⁷⁸ Bericht, S. 24.

¹⁷⁹ Bericht, S. 24.

¹⁸⁰ Bericht, S. 24.

Abs. 2: Diese Bestimmung soll aufgehoben werden. Zur Begründung wird auf die Ausführungen zu Art. 188 Ziff. 2 verwiesen.

Abs. 1: Vgl. unsere Ausführungen zu Art. 187.

Abs. 2: Vgl. unsere Ausführungen zu Art. 188 Ziff. 2.

Die Änderung der Bestimmung wird abgelehnt.

46. Ad Art. 195 Förderung der Prostitution

Die Bestimmung soll künftig als Strafdrohung Freiheitsstrafe bis zehn Jahre, aber nicht mehr Geldstrafe enthalten. Zur Begründung wird auf die Ausführungen zu Art. 187 Ziff. 1 und 4 verwiesen.

Vgl. unsere Ausführungen zu Art. 187.

Die Änderung der Bestimmung wird abgelehnt.

47. Ad Art. 197 Ziff. 3, 3^{bis}, 4, 4^{bis} und 5 Pornografie

Wohl wichtigste Neuerung ist die Einführung der Strafbarkeit des Konsums. Im Zuge der Umsetzung einer lückenlosen Strafbarkeit des Konsums, insbesondere des besitzlosen Konsums, werde die klare Trennung zwischen Konsumhandlungen einerseits und Herstellungs- bzw. Verbreitungshandlungen andererseits wiederhergestellt, womit der aktuellen Rechtsprechung des Bundesgerichts begegnet werde. Alle Tathandlungen sollen künftig gleich behandelt werden, nur der Eigenkonsum werde privilegiert.

Zusätzlich sollen die Strafrahmen bei tatsächlicher Darstellung von Kinderpornografie auf Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe erhöht werden. Die Idee, die Geldstrafe ähnlich wie bei den Sexualdelikten zu streichen, sei verworfen worden, weil nicht der Missbrauch selbst, sondern dessen Darstellung unter Strafe gestellt werde und daher ein qualitativer Unterschied bestehe hinsichtlich Strafwürdigkeit zwischen dem eigentlichen körperlichen resp. sexuellen Missbrauch und dessen bildlicher Darstellung. Wer für die Herstellung tatsächlich jemanden missbraucht, würde nach den entsprechenden Strafbestimmungen (Art. 122, 189, 190) bestraft.

Ziff. 3 soll dahingehend geändert werden, dass eine höhere Strafdrohung gelten soll, wenn tatsächliche sexuelle Handlungen mit Kindern zur Diskussion stünden. Es sei zudem eine Differenzierung zwischen tatsächlicher und nicht realer Kinderpornografie angebracht. Mit Ziff. 3 soll nicht nur das Rechtsgut der ungestörten sexuellen Entwicklung von Kindern und Jugendlichen schützen, sondern auch die potentiellen „Darsteller“ harter Pornografie vor sexueller Ausbeutung, Gewalt und erniedrigender bzw. menschenunwürdiger Behandlung. Eines solchen Schutzes bedürften aber nur tatsächliche Darsteller, womit eine Unterscheidung bei der Strafdrohung gerechtfertigt sei.

Zudem sollen die Tathandlungsvarianten in der aktuellen Ziff. 3^{bis} in Ziff. 3 zusammengefasst und entsprechend die Höchststrafe von einem Jahr Freiheitsstrafe oder Geldstrafe auf drei Jahre Freiheitsstrafe oder Geldstrafe bzw. bei tatsächlichen sexuellen Handlungen mit Kindern fünf Jahre Freiheitsstrafe oder Geldstrafe erhöht werden.

Neu soll in Ziff. 3^{bis} nur noch der Konsum aufgeführt werden, womit alle Konsumhandlungen bei harter Pornographie gleich behandelt und umfassend bestraft würden. Insbesondere würde so auch der besitzlose Konsum via Internet strafbar. Sämtliche Tathandlungen, die dem Eigenkonsum dienen, würden strafrechtlich privilegiert behandelt, indem sie unter die mildere Strafdrohung von Ziff. 3^{bis} fielen. Weiterhin solle nur der vorsätzliche Konsum strafbar sein, wobei den Gerichten aufgetragen wird, die Umstände zu ermitteln, welche auf vorsätzlichen

Konsum schliessen lassen könnten. Dabei wird aber betont, dass nicht jeder nachgewiesene Kontakt mit harter Pornographie als vorsätzliches Handeln gewertet werden könne.

Ziff. 3^{ter} werde aus gesetzestechnischen Gründen geschaffen, enthält jedoch den Text der aktuellen Ziff. 3 Abs. 2.

Mit Ziff. 4 soll die Tatbegehung mit Bereicherungsabsicht (ehemals Gewinnsucht) bestraft werden, ebenfalls mit der höheren Strafandrohung bei tatsächlicher Gewalttätigkeit mit Kindern, wobei gemäss neuer Ziff. 4^{bis} mit einer solchen Straftat die Freiheitsstrafe mit einer Geldstrafe zu verbinden wäre.

In Ziff. 5 soll neu der Klarheit halber auf die Ziff. 1 bis 3^{bis} verwiesen werden.

Auf weitere Revision der Art. 135 und 197 werde hier verzichtet, da angesichts der Unterzeichnung der Europaratskonvention zum Schutze von Kindern vor sexueller Ausbeutung und sexuellem Missbrauch im Juni 2010 weitere Revisionen des Art. 197 bevorstünden.¹⁸¹

Ziff. 3: Der Zusammenführung der verschiedenen Tathandlungen in einer Bestimmung ist grundsätzlich nichts entgegenzuhalten. Fragwürdig ist aber, die Darstellung tatsächlicher sexueller Handlungen separiert und mit einer höheren Strafandrohung zu versehen, da sich ja der Täter bei der Herstellung nach den Art. 187 ff. strafbar macht. Geschützte Rechtsgüter von Art. 197 sind die sexuelle Integrität und Selbstbestimmung sowie vorbeugender Jugendschutz, zentraler Aspekt ist aber die ungestörte sexuelle Entwicklung von Kindern und Jugendlichen. Es handelt sich insofern um ein abstraktes Gefährdungsdelikt.¹⁸² Im Hinblick auf die Einführung der Zusätze bezüglich der tatsächlichen sexuellen Handlungen mit Kindern unter Hinweis auf das Rechtsgut der ungestörten sexuellen Entwicklung (was gerade auch geschütztes Rechtsgut von Art. 187¹⁸³ und 188¹⁸⁴ ist), stellt sich die Frage nach der Konkurrenz. Richtigerweise müsste angesichts der identischen Rechtsgüter auf unechte Konkurrenz zwischen Art. 187 f. und 197 Abs 3 lit. b geschlossen werden, wobei die Art. 187 und 188 wohl 197 konsumieren würden. Ob aber der Gesetzgeber, der wohl offensichtlich eine Strafschärfung beabsichtigt (Erhöhung der Strafandrohung innerhalb des Pornographieartikels) diese Konsequenz in seine Überlegungen mit einbezogen hat, sei zu bezweifeln gewagt. Letztendlich würde diese Gesetzgebung nämlich dem gesetzten Ziel diametral entgegenlaufen, zumal beim Status quo wohl von einer echten Konkurrenz zwischen Art. 197 und 187f. auszugehen wäre, was in Anwendung von Art. 49 Abs. 1 zu einer Strafe von maximal 7,5 Jahren (Art. 187) bzw. 4, 5 Jahre (Art. 188) Freiheitsstrafe führen könnte. In der vorgeschlagenen Fassung hingegen könnte maximal 5 Jahre (Art. 187) bzw. 3 Jahre (Art. 188) Freiheitsstrafe ausgefällt werden.

Ziff. 3^{bis}: In der heutigen Fassung des Gesetzestextes ist der blosser Konsum ohne Besitz straflos.¹⁸⁵ Dies soll gestützt auf den Vorentwurf völlig geändert werden – zwar sind Konsum und Handlungen nach Ziff. 3, die für den eigenen Konsum begangen werden, privilegiert, dennoch wird hier eine Strafschärfung vorgenommen und insbesondere auch eine bis anhin straflose Handlung pönalisiert. Das erscheint in Anbetracht des Titels des Vorentwurf doch einigermaßen überraschend, zumal das harmonisierende Moment in diesem Fall beim besten Willen nicht erkennbar ist.

¹⁸¹ Bericht, S. 25 ff.

¹⁸² BSK StGB²-MENG/SCHWAIBOLD, Art. 197 N 7, kritisch hierzu: STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, (Fn. 85), § 7 N 2 ff.

¹⁸³ BSK StGB²-MAIER, Art. 187 N 1.

¹⁸⁴ BSK StGB²-MAIER, Art. 188 N 1.

¹⁸⁵ BSK StGB²-MAIER, Art. 197 N 57.

Ziff. 3^{ter}: Keine Bemerkungen.

Ziff. 4: Keine Bemerkungen. Vgl. BSK StGB²-MENG/SCHWAIBOLD, Art. 197 N 62.

Ziff. 4^{bis}: Keine Bemerkungen.

Ziff. 5: Keine Bemerkungen. Zu den grundsätzlichen Problemen bezüglich der Wertungsfrage, wann etwas kulturell oder wissenschaftlich schützenswerten Wert hat vgl. BSK StGB²-MENG/SCHWAIBOLD, Art. 197 N 63 ff. und HAGENSTEIN, AJP 10/2010, S.1293 ff., 1302 f.

Die Änderung der Bestimmung wird abgelehnt.

48. Ad Art. 200 Gemeinsame Begehung

In dieser Bestimmung soll einerseits der Ausdruck „Richter durch den geschlechtsneutralen Begriff „Gericht“ ersetzt werden, andererseits die „kann“- in eine „ist“-Formulierung umgewandelt, so dass das Gericht bei einer gemeinsamen Begehung die Strafe erhöhen müsse.¹⁸⁶

Vgl. die allgemeinen Ausführungen S. 21 ff.

Hingewiesen sei darauf, dass der Richter im per 2007 revidierten AT StGB munter weiterlebt.

Die Änderung der Bestimmung wird abgelehnt.

49. Ad Art. 213 Inzest

Die Bestimmung soll aus verschiedenen Gründen aufgehoben werden. Zum einen habe sie eine marginale Bedeutung, zumal durchschnittlich jährlich nur 3-4 Urteile gestützt auf Art. 213 ergehen würden. Mit der Streichung bliebe lediglich der einvernehmliche Beischlaf zwischen blutsverwandten Erwachsenen unbestraft, die praktisch relevanten Fälle von Missbrauch von Kindern und Jugendlichen durch ihre Eltern würden genügend durch die Tatbestände der Art. 187-191 erfasst.

Der Tatbestand ist in seiner heutigen Fassung seit 1990 in Kraft. Auch im Rahmen der Änderung im Jahr 2001 hielt der Bundesrat am Inzestverbot fest, weil er es für den Schutz der intakten Familie wie auch aus eugenischen Gründen erforderlich hielt. Der Hinweis auf diese Schutzgüter überzeuge nicht, weil der Tatbestand für den Schutz der intakten Familie zu kurz greife: Zum einen werde keine bestehende Ehe im Tatbestand vorausgesetzt zum andern sei nur der Beischlaf mit leiblichen Verwandten strafbar. Dies sei nicht konsequent, im Hinblick darauf, dass auch der sexuelle Missbrauch im Rahmen einer Stief-, Pflege- oder Adoptivfamilie schädlich sei. Schliesslich mache die Beschränkung auf den Beischlaf als Tat handlung wenig Sinn.

Der Tatbestand sei auch nicht geeignet, den vorgebrachten eugenischen Gründen zu begegnen, weil der Tatbestand des Inzests auch ohne Entstehung einer Schwangerschaft oder Geburt eines Kindes erfüllt sei und für nicht blutsverwandte Personen, bei denen aufgrund ihrer Anlagen ein Risiko von Erbkrankheiten bestehen, die Fortpflanzung nicht verboten sei.¹⁸⁷

Es ist durchaus diskutabel, ob der Tatbestand des Inzests in seiner aktuellen Fassung noch Bestand haben sollte, doch ist die Begründung, die im Bericht vorgelegt wird, nicht stringent, um eine Streichung zu rechtfertigen. Zunächst einmal wird hier wie-

¹⁸⁶ Bericht, S. 28.

¹⁸⁷ Bericht, S. 28 f.

derum primär auf die Urteilsstatistik abgestellt, um über die Daseinsberechtigung der Bestimmung zu entscheiden. Das ist so nicht akzeptabel.¹⁸⁸

Dass die Beschränkung auf den Beischlaf als wenig sinnvoll kritisiert wird, erscheint insofern verständlich, als sie zumindest in Bezug auf allfällige eugenische Bedenken gänzlich untauglich ist, um den „Erfolg“ der Zeugung eines mit Erbkrankheiten behafteten Kindes zu unterbinden, zumal selbst der ungeschützte Beischlaf nicht unbedingt zur Zeugung eines Kindes führt, abgesehen davon, dass gemäss Art. 119 ein strafloser Schwangerschaftsabbruch möglich ist.

Im Hinblick auf das geschützte Rechtsgut ist anzumerken, dass als Blutsverwandtschaft die biologische Beziehung erfasst wird¹⁸⁹, d.h. Beischlaf zwischen Stiefeltern und Stiefkinder sind nicht erfasst ist. Richtig ist auch, dass umgekehrt die Art. 187-191 tatbestandsmässige Handlungen innerhalb der Familie erfassen, unabhängig von der Blutsverwandtschaft. Umgekehrt erscheint zweifelsfrei, dass der Inzest die Entsexualisierung der Familie sicherstellen will (was sich auch aus seiner systematischen Einordnung ergibt). Diese Entsexualisierung nun wird über die Art. 187 ff. gerade nicht erfasst. Ob die Argumente des Berichts ausreichen, um eine Strafbestimmung zu streichen, die doch seit 1996 jährlich zu einer bis sieben Verurteilungen geführt hat, erscheint mehr als fraglich. Zumindest wäre es sinnvoll, eine Diskussion darüber zu führen und solches nicht als Beigemüse einer behaupteten Strafharmonisierung zu behandeln.

Die Änderung der Bestimmung wird ohne entsprechende korrekte und gründliche Vorbereitung abgelehnt.

50. Ad Art. 219 Abs. 2 Verletzung der Fürsorge- oder Erziehungspflicht

*Bei fahrlässiger Begehung soll das Gericht zwingend eine mildere Strafe aussprechen. Durch diese Einschränkung des richterlichen Ermessens soll eine Verbesserung der Rechtssicherheit erzielt werden. Zudem soll bei diesem Fahrlässigkeitsdelikt nicht eine Busse, sondern Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder Geldstrafe bis zu 180 Tagessätzen ausgesprochen werden können.*¹⁹⁰

Es erscheint als doch sehr speziell, für die fahrlässige Tatbegehung dieselbe Höchststrafe wie für die vorsätzliche Begehung vorzusehen. Da das Verschulden bei der Strafzumessung zu berücksichtigen ist, wird ein Gericht der Fahrlässigkeit ohnehin Rechnung tragen müssen. Entscheidend ist aber, dass die Mindeststrafe erhöht wird, indem dem Gericht die Möglichkeit genommen wird, eine Busse auszusprechen. Auch hier liegt also wieder eine Verschärfung vor.

Auch zeigt diese Norm – neben vielen anderen – wie der AT und der BT des StGB verknüpft sind: Während der Bericht von Geldstrafe bis zu 180 Tagessätzen spricht, steht im neuen Gesetzestext nur „Geldstrafe“. Das erscheint bereits als Bezug auf die angestrebte Änderung des Sanktionensystems, welche die Geldstrafe – gesetzliche Ausnahmen vorbehalten – auf eben diese 180 Tagessätze begrenzen will. Die besagte Änderung ist aber noch überhaupt nicht akzeptiert. Ein Vorgehen dieser Art in verschiedenen, im Entstehungsprozess voneinander unabhängigen Vorlagen, erscheint schlicht inakzeptabel.

Zur Einschränkung des richterlichen Ermessens vgl. die Ausführungen S. 20 ff.

¹⁸⁸ Vgl. S. 11 ff.

¹⁸⁹ TRECHSEL ET AL., Praxiskommentar, Art. 213 N 2.

¹⁹⁰ Bericht, S. 29.

Die Änderung der Bestimmung wird ohne entsprechende korrekte und gründliche Vorbereitung und Begründung abgelehnt.

51. Ad Art. 221 Abs. 3 Brandstiftung

Aus Gründen der Rechtssicherheit werde die Möglichkeit des Gerichts, die entsprechende Strafe zu verhängen, durch die Verpflichtung ersetzt. Weiter wird auf die allgemeinen Ausführungen in Ziff. 1.3 des Berichts verwiesen.¹⁹¹

Zur Einschränkung des richterlichen Ermessens vgl. die Ausführungen S. 20 ff.

Die Änderung der Bestimmung wird ohne entsprechende korrekte und gründliche Vorbereitung und Begründung abgelehnt.

52. Ad Art. 222 Fahrlässige Verursachung einer Feuersbrunst

Da die Absätze 1 und 2 die gleiche Strafe vorsehen und sich beide auf ähnlich fahrlässige Verhaltensweisen beziehen würden, sei es angemessen, ihre Tatbestände in einem Absatz zusammenzufassen, weshalb Abs. 2 aufgehoben würde.¹⁹²

In der Lehre wird Art. 222 Abs. 2 StGB klar als qualifizierte Variante betrachtet, wobei natürlich überrascht, dass die gleiche Strafandrohung vorgesehen ist. Dies wird aber nicht eigentlich als Problem angesehen, sondern als Ungereimtheit, die bei der konkreten Strafzumessung zu berücksichtigen sei.¹⁹³ Während man über eine sinnvollere Ausgestaltung dieser Bestimmung tatsächlich diskutieren kann, ist doch aber auch klar, dass durch den vorliegenden Entwurf nichts zu einer „Harmonisierung“ beigetragen wird. Ausserdem wären auch andere Lösungen denkbar, wie bspw. eine Reduktion der Höchststrafe in Abs. 1.

Die Änderung der Bestimmung wird ohne entsprechende korrekte und gründliche Vorbereitung und Begründung abgelehnt.

53. Ad Art. 223 Ziff. 1 Abs. 2 Verursachung einer Explosion

Aus Gründen der Rechtssicherheit werde die Möglichkeit des Gerichts, die entsprechende Strafe zu verhängen, durch die Verpflichtung ersetzt. Weiter wird auf die allgemeinen Ausführungen in Ziff. 1.3 des Berichts verwiesen.¹⁹⁴

Zur Einschränkung des richterlichen Ermessens vgl. die Ausführungen S. 20 ff.

Die Änderung der Bestimmung wird abgelehnt.

54. Ad Art. 224 Abs. 2 Gefährdung durch Sprengstoffe und giftige Gase in verbrecherischer Absicht

Aus Gründen der Rechtssicherheit werde die Möglichkeit des Gerichts, die entsprechende Strafe zu verhängen, durch die Verpflichtung ersetzt. Weiter wird auf die allgemeinen Ausführungen in Ziff. 1.3 des Berichts verwiesen.¹⁹⁵

Zur Einschränkung des richterlichen Ermessens vgl. die Ausführungen S. 20 ff.

Die Änderung der Bestimmung wird abgelehnt.

¹⁹¹ Bericht, S. 29.

¹⁹² Bericht, S. 29.

¹⁹³ BSK StGB²-ROELLI/FLEISCHANDERL, Art. 222 N 12.

¹⁹⁴ Bericht, S. 30.

¹⁹⁵ Bericht, S. 30.

55. Ad Art. 225 Gefährdung ohne verbrecherische Absicht

Es sei unter dem Gesichtspunkt der Schuld unhaltbar, für das vorsätzlich, aber ohne verbrecherische Absicht begangene Delikt die gleiche Strafe vorzusehen wie für das Fahrlässigkeitsdelikt. Daher sei es angebracht, für diese Fälle je einen gesonderten Absatz vorzusehen. Abs. 1 regle die ohne verbrecherische Absicht begangene Vorsatztat, wobei die angedrohte Strafe unverändert bleibe. Das Fahrlässigkeitsdelikt werde im neuen Absatz 2 geregelt und mit einer Freiheitsstrafe von bis zu drei Jahren oder einer Geldstrafe bestraft. Der derzeitige Absatz 2 werde aufgehoben, denn das Verhalten, auf die er sich beziehe, werde durch Absatz 1 und den neuen Absatz 2 abgedeckt. Das Gericht könne durch die Nutzung seines Ermessensspielraums eine geringere Strafe verhängen, wenn das Verhalten des Täters dem derzeitigen Absatz 2 entspreche. Der Randtitel von Art. 225 werde gekürzt und dadurch deutlicher.¹⁹⁶

Während es tatsächlich unhaltbar ist, das Vorsatz- dem Fahrlässigkeitsdelikt gleichzusetzen, ist zu erwähnen, dass die Strafandrohung bei leichten Fällen – die eben gerade gestrichen werden sollen – verschärft wird. Das Gericht hat danach keine Möglichkeit mehr, eine Busse auszusprechen, auch unter Ausnutzung seines (noch verbleibenden) Ermessensspielraums: Es folgt zwingend eine Freiheits- oder Geldstrafe.

Zur Einschränkung des richterlichen Ermessens vgl. die Ausführungen S. 20 ff.

Die Änderung der Bestimmung wird abgelehnt.

56. Ad Art. 226 Herstellen, Verbergen, Weiterschaffen von Sprengstoffen und giftigen Gasen

Abs. 1: In dieser Bestimmung wird eine Mindeststrafe von sechs Monaten Freiheitsstrafe eingeführt, die Geldstrafe hingegen gestrichen mit Verweis auf die Änderungen im AT StGB und die allgemeinen Ausführungen in Ziff. 1.7 des Berichts.

Die in den Abs. 2 und 3 vorgesehene Mindeststrafe von 30 Tagessätzen sei nicht angemessen und werde daher aufgehoben mit Verweis auf die allgemeinen Grundsätze in Ziff. 1.3 des Berichts. Die durchschnittliche Dauer der verhängten Freiheitsstrafen würde zwischen 30 und 60 Tagen betragen.¹⁹⁷

Was die Änderung des AT StGB betrifft kann auf die allgemeinen Ausführungen dazu sowie auf die Anmerkungen zu Art. 219 Abs. 2 verwiesen werden.

Zur Einschränkung des richterlichen Ermessens vgl. die Ausführungen S. 20 ff.

Die Änderung der Bestimmung wird abgelehnt.

57. Ad Art. 226^{bis} Abs. 1 Gefährdung durch Kernenergie, Radioaktivität und ionisierende Strahlen

Bei dieser Bestimmung soll eine Mindeststrafe von einem Jahr Freiheitsstrafe eingeführt werden. Dies rechtfertige sich aus Gründen der Generalprävention im Zusammenhang mit der erheblichen potentiellen Gefahr, die vom Umgang mit radioaktiven Materialien ausgehe. Für diese Änderung spreche auch die Tatsache, dass das Fahrlässigkeitsdelikt im Gegensatz zu den anderen Straftaten des 7. Titels des StGB mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren anstelle von bis zu drei Jahren geahndet wird.¹⁹⁸

¹⁹⁶ Bericht, S. 30.

¹⁹⁷ Bericht, S. 30.

¹⁹⁸ Bericht, S. 31.

Was die vorgesehene Einführung der Mindeststrafe sowie die generalpräventive Wirkung betrifft, so wurde bereits vorne Stellung genommen.¹⁹⁹ Aus der Tatsache, dass das Fahrlässigkeitsdelikt mit bis zu 5 Jahren Freiheitsstrafe bedroht ist, kann gar nichts abgeleitet werden. Im Gegenteil könnte genausogut wenn nicht besser argumentiert werden, dort sei auf höchstens drei Jahre Freiheitsstrafe zu reduzieren, denn Fahrlässigkeitsdelikte seien grundsätzlich als Vergehen auszugestalten. Die Absurdität der derzeitigen Form zeigt sich schon nur darin, gar eine Verwahrung des fahrlässig handelnden Täters möglich ist, wenn die übrigen Voraussetzungen vorliegen²⁰⁰

Zur Einschränkung des richterlichen Ermessens vgl. die Ausführungen S. 20 ff.

Die Änderung der Bestimmung wird abgelehnt.

58. Ad Art. 227 Ziff. 1 Abs. 2 Verursachen einer Überschwemmung oder eines Einsturzes

Aus Gründen der Rechtssicherheit werde die Möglichkeit des Gerichts, die entsprechende Strafe zu verhängen, durch die Verpflichtung ersetzt. Weiter wird auf die allgemeinen Ausführungen in Ziff. 1.3 des Berichts verwiesen.²⁰¹

Zur Einschränkung des richterlichen Ermessens vgl. die Ausführungen S. 20 ff.

Die Änderung der Bestimmung wird abgelehnt.

59. Ad Art. 228 Ziff. 1 Beschädigung von elektrischen Anlagen, Wasserbauten und Schutzvorrichtungen

In Ziff. 1 Abs. 1 sollen nur redaktionelle, nicht aber materielle Änderungen vorgenommen werden, indem die Tatbestandsvarianten zusammengeführt würden. Abs. 2 von Ziff. 1 soll dahingehend geändert werden, dass die Möglichkeit des Gerichts durch die entsprechende Verpflichtung ersetzt wird mit Verweis auf die allgemeinen Grundsätze in Ziff. 1.3 des Berichts.²⁰²

Zur Einschränkung des richterlichen Ermessens vgl. die Ausführungen S. 20 ff.

Die Änderung der Bestimmung wird abgelehnt.

60. Ad Art. 229 Abs. 1 Gefährdung durch Verletzung der Regeln der Baukunde

Die Höchststrafe soll erhöht werden, weil sie im Vergleich zu den anderen Vorsatzdelikten im 7. Titel des StGB und angesichts der verursachten Gefährdung und der möglichen Folgen zu gering sei. Zudem sei unhaltbar, für das Vorsatzdelikt dieselbe Strafe wie für das Fahrlässigkeitsdelikt vorzusehen. Die durchschnittliche Dauer der verhängten Freiheitsstrafen würden bis zu 90 Tage betragen, lägen jedoch in der Regel unter 30 Tagen.²⁰³

Nur weil andere Strafnormen desselben Titels höhere Strafandrohungen kennen, heisst das nicht, dass auch diejenige von Art. 229 erhöht werden müsste. Mit derselben Begründung könnte ja auch verlangt werden, dass die Tötlichkeit viel härter bestraft werden müsse, andere Delikte des Titels Strafbare Handlungen gegen Leib und Leben. Das Problem der gleichen Strafandrohung für das Vorsatz- wie für das Fahr-

¹⁹⁹ Vorn S. 9 ff.

²⁰⁰ Vgl. auch BSK StGB²-ROELLI/FLEISCHANDERL, Art. 226^{bis} N 26.

²⁰¹ Bericht, S. 31.

²⁰² Bericht, S. 31.

²⁰³ Bericht, S. 31.

lässigkeitsdelikt könnte auch in die andere Richtung, nämlich mit einer Strafsenkung in Abs. 2 erreicht werden. Der Änderungsvorschlag ist also nicht sachlich begründet, sondern entspricht bloss dem Wunsch nach mehr Strafe.

Zur Einschränkung des richterlichen Ermessens vgl. die Ausführungen S. 20 ff.

Die Änderung der Bestimmung wird abgelehnt.

61. Ad Art. 230 Ziff. 1 Beseitigung oder Nichtanbringung von Sicherheitsvorrichtungen

*Die Höchststrafe soll erhöht werden, weil sie im Vergleich zu den anderen Vorsatzdelikten im 7. Titel des StGB und angesichts der verursachten Gefährdung und der möglichen Folgen zu gering sei. Zudem sei es unhaltbar, für das Vorsatzdelikt dieselbe Strafe wie für das Fahrlässigkeitsdelikt vorzusehen. Zudem sollen die Abs. 1 und 2 der Ziff. 1 vereinigt werden, ohne dass materielle Änderungen vorgenommen würden. Die durchschnittliche Dauer der verhängten Freiheitsstrafen würden bis zu 90 Tage betragen, lägen jedoch in der Regel unter 30 Tagen.*²⁰⁴

Vgl. die Ausführungen zu Art. 229 Abs. 1.

Die Änderung der Bestimmung wird abgelehnt.

62. Ad Art. 231 Ziff. 1 Abs. 1 Verbreiten menschlicher Krankheiten

*Die Mindeststrafe von 30 Tagessätzen Geldstrafe in Ziff. 1 Abs. 1 soll aufgehoben werden, weil sie nicht angemessen ist und die durchschnittliche Dauer der verhängten Freiheitsstrafen zwischen 2 und 6 Monaten liege.*²⁰⁵

Vgl. die allgemeinen Ausführungen zu Mindeststrafen.²⁰⁶

Die Änderung der Bestimmung wird ohne entsprechende korrekte und gründliche Vorbereitung und Begründung abgelehnt.

63. Ad Art. 232 Ziff. 1 Verbreiten von Tierseuchen

*Die Abs. 1 und 2 der Ziff. 1 werden in einem Absatz zusammengeführt, so dass eine Höchststrafe von 5 Jahren Freiheitsstrafe, aber keine Mindeststrafe mehr vorgesehen sei. Die erschwerenden Faktoren aus dem ehemaligen Ziff. 1 Abs. 2 würden bei der Strafzumessung berücksichtigt.*²⁰⁷

Faktisch bedeutet diese Änderung eine Strafschärfung für die Fälle, die derzeit unter Art. 232 Ziff. 1 Abs. 1 fallen: Sie sollen neu mit Freiheitsstrafe von bis zu fünf Jahren bedroht werden, während nach geltendem Recht Freiheitsstrafe von bis zu drei Jahren oder Geldstrafe gilt. Im Lichte der gesamten Revision überrascht es allerdings, dass dem Gericht zugetraut wird, erschwerende Faktoren ermessensweise zu berücksichtigen.

Die Änderung der Bestimmung wird ohne entsprechende korrekte und gründliche Vorbereitung und Begründung abgelehnt.

²⁰⁴ Bericht, S. 31.

²⁰⁵ Bericht, S. 32.

²⁰⁶ Vorn S. 20 ff.

²⁰⁷ Bericht, S. 32.

64. Ad Art. 233 Ziff. 1 Verbreiten von Schädlingen

Die Abs. 1 und 2 der Ziff. 1 werden in einem Absatz zusammengeführt, so dass eine Höchststrafe von 5 Jahren Freiheitsstrafe, aber keine Mindeststrafe mehr vorgesehen sei. Die erschwerenden Faktoren aus dem ehemaligen Ziff. 1 Abs. 2 würden bei der Strafzumessung berücksichtigt.²⁰⁸

Vgl. die Ausführungen zu Art. 232 Ziff. 1.

Die Änderung der Bestimmung wird abgelehnt.

65. Ad Art. 234 Abs. 1 Verunreinigung von Trinkwasser

Die in Abs. 1 angedrohte Mindeststrafe sei nicht angemessen und soll somit aufgehoben werden.²⁰⁹

Zur Einschränkung des richterlichen Ermessens vgl. die Ausführungen S. 20 ff.

Die Änderung der Bestimmung wird abgelehnt.

66. Ad Art. 235 Ziff. 1 Abs. 2 und Ziff. 2 Herstellen von gesundheitsschädlichem Futter

Ziff. 1 Abs. 2: Die Mindeststrafe soll von 30 Tagessätzen auf 90 Tagessätze angehoben werden, um dem erschwerenden Umstand der Gewerbmässigkeit angemessen Rechnung zu tragen, mit Verweis auf die allgemeinen Grundsätze in Ziff. 1.3 des Berichts. Die Veröffentlichung des Strafurteils soll ebenfalls gestrichen werden, da sie nicht mehr notwendig sei, weil sie auf eine Zeit zurückgehe, in der die Schweiz noch stärker ländlich geprägt gewesen sei und in der das Futter und dessen Qualität mehr Menschen betroffen hätten als heute.

Ziff. 2: Die in heutiger Fassung als Übertretung ausgestaltete Bestimmung soll zum Vergehen angehoben werden, indem die Strafe neu anstelle von Busse Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder Geldstrafe beträgt. Dies aufgrund der zu grossen Diskrepanz zwischen dem Vorsatz- und dem Fahrlässigkeitsdelikt. Da der Strafraum des Vorsatzdeliktes als angemessen erachtet wird, soll der Strafraum von Ziff. 2 erhöht werden. Die Änderungen des AT StGB würden dabei berücksichtigt.²¹⁰

Es ist selbstwidersprüchlich, wenn einerseits gesagt wird, früher habe das Futter und dessen Qualität mehr Menschen betroffen als heute, gleichzeitig aber die Mindeststrafe verdreifacht werden soll. Zur Einschränkung des richterlichen Ermessens vgl. die Ausführungen S. 20 ff.

Bezüglich Ziff. 2 wird apodiktisch behauptet, die Strafandrohung von Ziff. 1 sei angemessen und die Diskrepanz zu Ziff. 2 sei zu gross. Dies wird nicht näher begründet, aber trotzdem scheint den Verfassern des Entwurfs klar, dass die Strafe von Ziff. 2 angehoben werden müsse, nicht etwa umgekehrt diejenige von Ziff. 1 gesenkt – obwohl laut Bericht die Bestimmung nicht mehr so wichtig sei wie früher. Ein Blick in die Strafurteilsstatistik zeigt denn auch, dass seit 1984 nur ein einziges (!) Urteil ausgesprochen wurde, und zwar im Jahre 1988.²¹¹

Die Änderung der Bestimmung wird ohne entsprechende korrekte und gründliche Vorbereitung und Begründung abgelehnt.

²⁰⁸ Bericht, S. 32.

²⁰⁹ Bericht, S. 32.

²¹⁰ Bericht, S. 32 f.

²¹¹ www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/19/03/03/key/straftaten/delikte_im_einzelnen.html

67. Ad Art. 236 Abs. 1 und 2 Inverkehrbringen von gesundheitsschädlichem Futter

Abs. 1: Die Veröffentlichung des Strafurteils soll gestrichen werden. Als Begründung wird auf die Ausführungen zu Art. 235 Ziff. 1 verwiesen.

Abs. 2: Die in heutiger Fassung als Übertretung ausgestaltete Bestimmung soll zum Vergehen angehoben werden, indem die Strafe neu anstelle von Busse Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder Geldstrafe beträgt. Dies aufgrund der zu grossen Diskrepanz zwischen dem Vorsatz- und dem Fahrlässigkeitsdelikt. Da der Strafrahmen des Vorsatzdeliktes als angemessen erachtet wird, soll der Strafrahmen von Abs. 2 erhöht werden. Die Änderungen des AT StGB würden dabei berücksichtigt.²¹²

Es kann auf die Ausführungen zu Art. 235 StGB verwiesen werden, allerdings erfolgte im Unterschied dazu seit 1984 nicht eine, sondern gar keine Verurteilung gestützt auf Art. 236 StGB.²¹³

Die Änderung der Bestimmung wird ohne entsprechende korrekte und gründliche Vorbereitung und Begründung abgelehnt.

68. Ad Art. 237 Ziff. 1 Störung des öffentlichen Verkehrs

Aus den derzeitigen Art. 237 und 238 soll ein neuer Artikel 237 (nach der Struktur des bestehenden Art. 237) geschaffen werden, da eine Sonderstellung des Eisenbahnverkehrs nicht mehr gerechtfertigt sei. Die Höchststrafe von Ziff. 1 Abs. 1 soll auf 10 Jahre Freiheitsstrafe erhöht, die Strafandrohung von Ziff. 1 Abs. 2 nicht verändert werden. Wie im bisherigen Art. 238, aber im Gegensatz zum aktuellen Art. 237 soll in Ziff. 1 Abs. 1 das fremde Eigentum als geschütztes Rechtsgut aufgeführt werden.

Aus Gründen der Rechtssicherheit soll die in Ziff. 1 Abs. 2 vorgesehene Möglichkeit der Gerichte, die betreffende Strafe zu verhängen, durch eine entsprechende Verpflichtung ersetzt werden.

Das Erfordernis der „erheblichen“ Gefährdung des bisherigen Art. 238 Abs. 2, soll nicht in Art. 237 Ziff. 2 übernommen werden. Dieses Erfordernis, ursprünglich zur Privilegierung des Bahnpersonals bei geringfügigen Zwischenfällen vorgesehen, ermögliche Dritten, der Strafe zu entgehen. Zudem beschränke das Schulderfordernis, das alle Fahrlässigkeitsdelikte betreffe, die Anwendungsfälle von Ziffer 2.²¹⁴

Dieser neue Art. 237 bedeutet eine enorme Verschärfung der Strafandrohung im Bereich des geltenden Art. 237 Ziff. 1 Abs. 1, indem die angedrohte Höchststrafe mehr als verdreifacht wird. Das alleine wäre schon störend genug, wird aber dadurch, dass neu auch die Gefährdung von blossem Eigentum strafbar wird, unhaltbar. Die Lehre kritisierte das freilich bereits beim geltenden Art. 238 als zu weit gehend.²¹⁵ Nichtsdestotrotz soll künftig bis zu 10 Jahren Freiheitsstrafe riskieren, wer mittels Störung des öffentlichen Verkehrs Eigentum (nur!) gefährdet. Inwiefern das bspw. mit der Sachbeschädigung „harmonisiert“, bleibt ein Rätsel.

Zur Einschränkung des richterlichen Ermessens vgl. die Ausführungen S. 20 ff.

Es entspricht dem Tenor dieser Vorlage, dass das einzige die Strafbarkeit etwas einschränkende Element von Art. 238 Abs. 2 – das Wort „erheblich“ – natürlich nicht in

²¹² Bericht, S. 32 f.

²¹³ www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/19/03/03/key/straftaten/delikte_im_einzeln.html

²¹⁴ Bericht, S. 33 f.

²¹⁵ Vgl. BSK StGB2-Schwaibold, Art. 238 N 14 m.H.

Art. 237 Ziff. 2 übernommen werden soll, nur aus Angst, jemand könnte der Strafverfolgung entgehen.

Die Änderung der Bestimmung wird abgelehnt.

69. *Ad Art. 238 Störung des Eisenbahnverkehrs*

*Die Bestimmung soll aufgehoben werden, wobei auf die Ausführungen zu Art. 237 verwiesen wird.*²¹⁶

Vgl. die Ausführungen zu Art. 237.

Die Änderung der Bestimmung wird ohne entsprechende korrekte und gründliche Vorbereitung und Begründung abgelehnt.

70. *Ad Art. 239 Ziff. 2 Störung von Betrieben im Dienste der Allgemeinheit*

*Es sei unhaltbar, für das vorsätzlich begangene Delikt die gleiche Strafe vorzusehen wie für das Fahrlässigkeitsdelikt in Ziff. 2, das unter dem Gesichtspunkt der Schuld weniger schwer wiege. Die maximale Freiheitsstrafe in Ziff. 2 soll auf ein Jahr Freiheitsstrafe gesenkt werden, da sich Art. 239 Ziff. 2 – im Gegensatz zu Art. 237 Ziff. 2 mit höherer Strafandrohung – nicht auf die Gefährdung von Leib und Leben beziehe. Die durchschnittliche Dauer der tatsächlich wegen Art. 239 verhängten Freiheitsstrafen liege in der Regel deutlich unter dreissig Tagen. Aus sprachlichen Gründen werde der Randtitel der deutschen Fassung geändert.*²¹⁷

Hier finden wir eine Ausnahme: Es wird tatsächlich ein Strafraum entschärft. Leider muss der sprachliche Verbesserungsversuch als gescheitert betrachtet werden, da wohl kaum derjenige gemeint ist, welcher sich im Dienste der Allgemeinheit gegen Betriebe auflehnt und diese stört.

Die Änderung der Bestimmung wird ohne entsprechende korrekte und gründliche Vorbereitung und Begründung abgelehnt.

71. *Ad Art. 240 Geldfälschung und Geldverfälschung*

*Es sei angebracht, die Art. 240 und 241 zu einem neuen Art. 240 zusammenzuführen, weil kein Grund dafür bestehe, für die beiden Verhaltensweisen unterschiedliche Strafen vorzusehen. Angesichts der Fortschritte der Technik, sei die kriminelle Energie, die der Täter für eine Fälschung aufwenden muss, geringer als früher und mit jener des Täters vergleichbar, der eine Verfälschung vornimmt. Der Randtitel würde entsprechend erneuert und die Freiheitsstrafe in Art. 240 Abs. 1 auf 10 Jahre reduziert. Im Verhältnis zum aktuellen Art. 241, der gestrichen werden soll, bedeute dies hingegen eine Erhöhung der Maximalstrafe von fünf Jahre auf 10 Jahre Freiheitsstrafe. Die Mindeststrafe in Art. 240 Abs. 1 soll aufgehoben werden, weil sie für leichte Fälle zu streng sein könne. Daher könne Art. 240 Abs. 2 aufgehoben werden, zumal das Verhalten und die Strafe durch den neuen Abs. 1 abgedeckt sei. In Anwendung ihres Ermessens könnten die Gerichte eine geringere Strafe verhängen, wenn das Verhalten des Täters dem derzeitigen Abs. 2 entspreche. Die durchschnittliche Dauer der ausgefallten Freiheitsstrafen zu Art. 240 und 241 betrage bis über drei Jahre, lägen aber in der Regel bei etwa einem Jahr.*²¹⁸

Vgl. NIGGLI, Geldfälschung, Art. 241 N 6 und BSK StGB²- LENTJES-MEILI/KELLER, Art. 241 N 24. Besonders ist anzumerken, dass die hier eher als harmloser beschriebene kriminelle Energie der Geldfälscher in Art. 242 als sehr viel schlimmer dargestellt

²¹⁶ Bericht, S. 34.

²¹⁷ Bericht, S. 34.

²¹⁸ Bericht, S. 35.

wird und daher als Argument dient, den Strafraumen zu erweitern (vgl. Ausführungen zu Art. 242).

Die Änderung der Bestimmung wird ohne entsprechende korrekte und gründliche Vorbereitung und Begründung abgelehnt.

72. *Ad Art. 241 Geldverfälschung*

*Die Bestimmung soll aufgehoben werden, wobei auf die Ausführungen zu Art. 240 verwiesen wird.*²¹⁹

Vgl. Ausführungen zu Art. 240.

Die Änderung der Bestimmung wird ohne entsprechende korrekte und gründliche Vorbereitung und Begründung abgelehnt.

73. *Ad Art. 242 Inumlaufsetzen falschen Geldes*

Abs. 1: Der Strafraumen in Art. 242 soll mit demjenigen in Art. 240 übereinstimmen. Derjenige, welcher falsches Geld in Umlauf setze, zeige ein Verhalten, welches das betreffende geschützte Rechtsgut „konkreter“ gefährde bzw. einen grösseren Schaden verursache, als die Person, die Geld fälsche. Dies genüge, um die höhere kriminelle Energie der Person zu kompensieren, die Geld fälsche. Die durchschnittliche Dauer der verhängten Freiheitsstrafe betrage bis über fünf Monate, liege aber in der Regel bei etwa zwei Monaten.

*Abs. 2 soll aufgehoben werden, weil das Verhalten und die Strafe durch den neuen Abs. 1 abgedeckt würden. Durch Nutzung ihres Ermessensspielraums könnten die Gerichte eine geringere Strafe verhängen, wenn das Verhalten des Täters dem derzeitigen Abs. 2 entspreche*²²⁰

Obschon das geschützte Rechtsgut von Art. 240 und Art. 242 identisch ist – geschützt wird die Sicherheit des Rechtsverkehrs²²¹ – und es sich in beiden Fällen um abstrakte Gefährdungsdelikte handelt, ist derzeit die Strafdrohung von Art. 240 für nicht leichte Fälle Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr, für Art. 242 hingegen Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe. Die höhere Strafdrohung in Art. 240 erklärt sich damit, dass Geldfälschen ein besonders hohes Mass an krimineller Energie verrät.²²² Diesem Umstand wird im Bericht überhaupt nicht Rechnung getragen, vielmehr wird bei identischem Wortlaut des Tatbestandes (nicht der Rechtsfolge!) der Tat handlung bzw. dem Täter förmlich kriminelle Energie aufoktroiert, um damit die Erhöhung der Strafdrohung zu rechtfertigen.

Zudem ist jedoch wichtig in diesem Zusammenhang auch anzumerken, dass die Konkurrenzsituation zu Art. 240 in einem neueren Entscheid des Bundesgerichts BGE 133 IV 260 f. dahingehend entschieden wurde, dass die beiden Bestimmungen in echter Konkurrenz zueinander stehen.²²³ Ausgehend von dieser Praxis des Bundesgerichts hätte die Erhöhung des Strafraumens in Art. 240 und Art. 242 fatale Auswirkungen auf Fälle, in denen der Täter das Geld fälscht und es danach in Umlauf bringt, weil er in Verbindung mit Art. 49 Abs. 1 StGB neu max. 15 Jahren Freiheitsstrafe verurteilt werden könnte. Ob diesem Umstand in den Überlegungen zur

²¹⁹ Bericht, S. 36.

²²⁰ Bericht, S. 36.

²²¹ TRECHSEL ET AL, Praxiskommentar, Art. 240 N 1.

²²² TRECHSEL ET AL, Praxiskommentar, Art. 242 N 5.

²²³ BGE 133 IV 256 E. 4.2, wobei die Praxis zunächst von Realkonkurrenz ausgegangen war (TRECHSEL ET AL, Praxiskommentar, Art. 242 N 5 m. Hinw.).

Erhöhung der beiden Strafrahmen Rechnung getragen wurde, kann bezweifelt werden.

Der Hinweis auf die durchschnittlich ausgefallten Freiheitsstrafen schliesslich liefert u.E. auch keinerlei Grundlage, um die Erhöhung der Strafdrohung zu rechtfertigen.

Die Begründung zur Streichung von Abs. 2 mutet denn auch fast ironisch an, wenn auf die Nutzung des Ermessen des Gerichts verwiesen wird, um eine geringere Strafe auszusprechen, wird doch gerade dieses Vorgehen vom Bericht stark bemängelt. Im Übrigen wird auch hier verkannt, dass die besondere Hervorhebung einer Tatbehandlung im Gesetz nicht schlicht deshalb nicht mehr von Nöten ist, weil ihre Strafdrohung derjenigen des „Grundtatbestandes“ entspricht – was hier zudem bei einer Änderung des Strafrahmens sowieso nicht mehr der Fall wäre.

Die Änderung der Bestimmung wird ohne entsprechende korrekte und gründliche Vorbereitung und Begründung abgelehnt.

74. Ad Art. 243 Abs. 2 Nachmachen von Banknoten, Münzen oder amtlichen Wertzeichen ohne Fälschungsabsicht

Der Strafrahmen von Abs. 2 soll auf Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder Geldstrafe angehoben werden, weil der Unterschied zwischen dem Vorsatz- und dem Fahrlässigkeitsdelikt zu gross sei und der Strafrahmen für das Vorsatzdelikt angemessen sei.²²⁴

Die Angemessenheit einer Strafdrohung ist kein messbarer Wert und daher als Argument für die Änderung irgendeiner Norm gänzlich untauglich. Dies wurde bereits weiter oben ausgeführt.²²⁵ Dass die Änderung des Strafrahmens zusätzlich zur Folge hat, dass aus einer Übertretung ein Vergehen wird (mit all seinen Konsequenzen²²⁶), wird im Bericht mit keiner Silbe erwähnt.

Die Änderung der Bestimmung wird abgelehnt.

75. Ad Art. 244 Einführen, Erwerben, Lagern falschen Geldes

Die Höchststrafe soll in Abs. 1 auf fünf Jahre Freiheitsstrafe oder Geldstrafe erhöht werden, um dem Umstand Rechnung zu tragen, dass Abs. 2 aufgehoben werden soll und diejenigen Fälle, in denen sich das Delikt auf grosse Mengen bezieht, ebenfalls neu unter Abs. 1 erfasst werden müssten. Abs. 2 soll gestrichen werden, weil das Mengenkriterium durch das Gericht in Anwendung seines Ermessensspielraums bei der Strafzumessung berücksichtigt werden könne. Zudem spiele das Kriterium der Menge in den anderen Tatbeständen des zehnten Titels keine Rolle.²²⁷

Es kann auf die Ausführungen zu Art. 242 Abs. 2 verwiesen werden. Zusätzlich ist aber anzumerken, dass die Aussage, das Kriterium der Menge spiele in den anderen Tatbeständen des 10. Titels keine Rolle, wohl wenn schon eher als Indiz aufgefasst werden könnte, dass das Mehr an Unrecht in solchen Fällen grundsätzlich im Rahmen der Strafzumessung berücksichtigt werden kann und zwar gerade, wenn ja die durchschnittliche Dauer der Freiheitsstrafe in der Regel zwischen einem und zwei Monaten und die höchste ausgesprochene Strafe bis dato bei zwei Jahren Freiheits-

²²⁴ Bericht, S. 36.

²²⁵ Vgl. S. 14 ff.

²²⁶ Z.B. Strafregistereintrag gemäss Art. 3 Abs. 1 lit a VOSTRA-Verordnung, Verjährung gemäss Art. 97 und 99 StGB.

²²⁷ Bericht, S. 36.

strafe liegt. In keiner Weise gibt sie aber einen Hinweis darauf, dass eine Erhöhung der Höchststrafe notwendig wäre.

Die Änderung der Bestimmung wird abgelehnt.

76. Ad Art. 245 Fälschung amtlicher Wertzeichen

Die Höchststrafe dieser Bestimmung soll auf fünf Jahre Freiheitsstrafe oder Geldstrafe erhöht werden, weil es unbefriedigend sei, eine tiefere Strafe für diese Verhaltensweisen vorzusehen, als für jene, die unter Art. 251 fielen. Zudem seien die nach Art. 245 verfolgten Verhaltensweisen gleich schwer zu werten wie jene in Art. 248. Die durchschnittliche Dauer der ausgefallten Freiheitsstrafen liege deutlich unter dreissig Tagen.²²⁸

Art. 245 schützt amtliche Wertzeichen²²⁹, Art. 251 schützt „Treu und Glauben im Geschäftsverkehr“²³⁰, wobei Art. 245 als Spezialbestimmung Art. 251 vorgeht.²³¹ Inwiefern die mit Art. 245 erfassten Verhaltensweisen mit denjenigen in Art. 248 vergleichbar wären, wird ebenfalls nicht ausgeführt. Was genau unbefriedigend ist an der Ist-Situation, bleibt ein Rätsel, vor allem angesichts des Hinweises auf die durchschnittliche Dauer der ausgefallten Freiheitsstrafen, die offenbar deutlich unter dreissig Tagen liegen. Dies kann doch nur bedeuten, dass der geltende Strafrahmen bereits weit genug ist, um sämtliche Fälle von Art. 245 verschuldensgerecht bestrafen zu können.

Die Änderung der Bestimmung wird abgelehnt.

77. Ad Art. 246 Fälschung amtlicher Zeichen

Da die vorgesehene Höchststrafe zu tief sei, soll sie auf fünf Jahre Freiheitsstrafe oder Geldstrafe erhöht werden. Die in Art. 246 erwähnten Verhaltensweisen seien – wie jene in Art. 245 – als gleich schwer zu werten wie jene, die von Art. 248 erfasst würden.²³²

Art. 248 schützt als abstraktes Gefährdungsdelikt Treu und Glauben in Handel und Verkehr und geht als *lex specialis* Art. 246 vor.²³³ Es ist daher alles andere als naheliegend, die Strafdrohung von Art. 246 an Art. 248 anzupassen, zumal der Bericht nebst der generellen Aussage keine Argumente dafür liefert, inwiefern die mit Art. 246 erfassten Verhaltensweisen mit denjenigen in Art. 248 vergleichbar wären.

Die Änderung wird abgelehnt.

78. Ad Art. 247 Abs. 2 Fälschungsgeräte; unrechtmässiger Gebrauch von Geräten

Abs. 2 soll aufgehoben werden, weil das erfasste Verhalten bereits durch die Art. 240, 241 und 245 abgedeckt werde und der Täter sich regelmässig auch nach Art. 312 schuldig mache.²³⁴

Vgl. BSK StGB²-LENTJES-MEILI/KELLER, Art. 247 N 29.

²²⁸ Bericht, S. 37.

²²⁹ BSK StGB²-LENTJES-MEILI/KELLER, Art. 245 N 6 f. und 9 ff.; TRECHSEL ET AL., Praxiskommentar, Art. 245 N 1.

²³⁰ BSK StGB²-BOOG, Vor Art. 251 N 5; TRECHSEL ET AL., Praxiskommentar, Art. 251 N 1.

²³¹ BSK StGB²-LENTJES-MEILI/KELLER, Art. 245 N 34; TRECHSEL ET AL., Praxiskommentar, Art. 251 N 20.

²³² Bericht, S. 37.

²³³ TRECHSEL ET AL., Praxiskommentar, Art. 248 N 1 und 6; DONATSCH/WOHLERS, Strafrecht IV, S. 126.

²³⁴ Bericht, S. 37.

79. *Ad Art. 250 Geld, amtliche Wertzeichen und amtliche Zeichen des Auslandes*

Der Geltungsbereich von Art. 250 soll auf amtliche Zeichen (Art. 246) ausgedehnt werden, weil im Gegensatz zur Fälschung und Verfälschung privater Beweiszeichen des Auslandes seien die Fälschung und Verfälschung von amtlichen Beweiszeichen des Auslandes aktuell nicht strafbar, was unbefriedigend sei.

Äusserst humorvoll mutet die Bemerkung an, dass „im Bestreben nach Kohärenz“ der Geltungsbereich von Art. 250 auf die amtlichen Zeichen ausgedehnt würde. Grundsätzlich aber keine Bemerkungen, vgl. BSK StGB²-LENTJES-MEILI/KELLER, Art. 250 N 9 m. Hinw.

80. *Ad Art. 251 Ziff. 2 Urkundenfälschung*

Ziff. 2 der Bestimmung soll aufgehoben werden, weil das Verhalten und die Strafe, durch Ziff. 1 abgedeckt werden und das Gericht in Anwendung seines Ermessensspielraums eine geringere Strafe verhängen könne, wenn das Verhalten des Täters der derzeitigen Ziff. 2 entspreche.²³⁵

Zur Einschränkung des richterlichen Ermessens vgl. die Ausführungen S. 20 ff.

Vgl. Ausführungen zu Art. 242 Abs. 2

81. *Ad Art. 259 Öffentliche Aufforderung zu Verbrechen oder Gewalttätigkeit*

Schutzobjekt der Bestimmung sei der öffentliche Friede. Seit der Revision des AT StGB betrage die Strafandrohung für Abs. 1 und Abs. 2 jeweils bis zu drei Jahren Freiheitsstrafe. Damit sei die Unterscheidung zwischen den beiden Tatbeständen hinfällig geworden. Im Sinn einer redaktionellen Änderung könnten die beiden Absätze zusammengefügt werden.²³⁶

Mit dieser redaktionellen Korrektur wird der Gesetzestext um einiges unklarer, da es nun heissen soll: „Wer öffentlich zu einem Verbrechen oder einem Vergehen mit Gewalttätigkeit gegen Menschen oder Sachen auffordert...“ Bis dato ist klar, dass Art. 259 einerseits sämtliche Verbrechen erfasst, andererseits aber auch diejenigen Vergehen (und nur die) mit Gewalttätigkeiten gegen Menschen oder Sachen. Dies lässt sich dem umformulierten Tatbestand mittels grammatikalischer Auslegung nicht mehr entnehmen, es könnten nebst Vergehen genauso gut auch nur Verbrechen mit Gewalttätigkeiten gemeint sein. Da bleibt dann – sofern man keine Einschränkung des Anwendungsbereichs erzielen will – einzig noch die historische Auslegung. Das aber schafft nun gerade Rechtsunsicherheit, und nicht etwa richterliches Ermessen.

Die Änderung wird abgelehnt.

82. *Ad Art. 260^{ter} Ziff. 2 Kriminelle Organisation*

Der Ausdruck „Richter“ soll durch den geschlechtsneutralen Begriff „Gericht“ ersetzt werden.²³⁷

Hingewiesen sei darauf, dass der Richter im per 2007 revidierten AT StGB munter weiterlebt.

²³⁵ Bericht, S. 38.

²³⁶ Bericht, S. 38

²³⁷ Bericht, S. 38.

83. *Ad Art. 260^{quater} Gefährdung der öffentlichen Sicherheit mit Waffen*

Seit ihrem Inkrafttreten am 1. Januar 1999 habe die Bestimmung nur eine geringe praktische Bedeutung erlangt (7 Urteile bis 2007). Bestraft würden abstrakt gefährliche Vorbereitungshandlungen zu einem Gewalt- oder Freiheitsdelikt, wobei nicht erforderlich sei, dass ein Delikt tatsächlich begangen worden sei. Angesichts dessen, dass Verhaltensweisen tatbestandsmässig seien, die mangels Haupttat nicht einmal Gehilfenschaft wären, erscheine die Strafandrohung als viel zu hoch. Eine Senkung der Höchststrafe auf drei Jahre schein deshalb angemessen.

Die Subsidiaritätsklausel „sofern kein schwererer Straftatbestand erfüllt ist“ sei gesetzgebungstechnisch missglückt, weil sie dazu führe, dass bei Delikten mit gleicher oder geringerer Strafandrohung die Haftung nach Art. 25 (Gehilfenschaft) ausnahmslos verdrängt werde; sie sei deshalb zu streichen.²³⁸

Man könnte auch durchaus der Ansicht sein, dass für eine Strafbarkeit, die u.U. nicht einmal Gehilfenschaft ist, auch die Strafandrohung von drei Jahren viel zu hoch ist. Die Argumentationsweise des Berichts zeigt einmal mehr, dass das Konzept von Strafrahmen und -zumessung (relativ grosse Strafrahmen, ausgefüllte Strafen üblicherweise im unteren Teil davon) wenig bekannt oder berücksichtigt worden ist (vgl. dazu die Ausführungen oben unter S. 20 f.)

Die Subsidiaritätsklausel ist in der Lehre tatsächlich auf Kritik gestossen.²³⁹ Offensichtlich geht es um die Abgrenzung von Art. 260^{quater} zur Gehilfenschaft. Ob diese Abgrenzung nach der ersatzlosen Streichung der Subsidiaritätsklausel klarer oder sinnvoller ausgestaltet ist, kann dem Bericht nicht entnommen werden.

Schliesslich ist noch anzumerken, dass allenfalls hier eine Anpassung des Randtitels angezeigt wäre, da es nicht um eine unmittelbare Gefahr für die Öffentlichkeit, sondern um ein Verhalten, das zu Delikten beitragen kann.²⁴⁰

84. *Ad Art. 263 Verübung einer Tat in selbstverschuldeter Unzurechnungsfähigkeit*

Diese Strafbestimmung schütze kein spezifisches Rechtsgut und habe nur geringe praktische Bedeutung (von 1997 bis 2007 durchschnittlich 36 Verurteilungen pro Jahr). Bestraft werde der Täter für die Gefährdung, die er mit der Herbeiführung seiner Zurechnungsunfähigkeit schuldhaft bewirkt und die sich in seiner Rauschtat manifestiert habe. Art. 263 sei nach einhelliger Lehre und Praxis mit dem Schuldprinzip nicht vereinbar. Einerseits bezwecke Art. 263 die Bestrafung für die per Definition nicht schuldhaft verübte Rauschtat, und andererseits sei für die vorsätzliche und die fahrlässige Tatbegehung die gleiche Strafe angedroht. Das Bundesgericht habe diese Bestimmung bereits in BGE 104 IV 249 als Fremdkörper im StGB bezeichnet. Angesichts dieser geringen Bedeutung und der Unvereinbarkeit mit den Prinzipien unseres Strafrechts könne Art. 263 ersatzlos gestrichen werden.²⁴¹

Der Begründung kann nur Widersprüchliches zur Frage entnommen werden, wofür der Täter eigentlich bestraft wird, denn es werden sowohl die Gefährdung, als auch die Rauschtat selbst gleichrangig genannt. Das kann aber nicht gleichzeitig angenommen werden: Entweder liegt das Unrecht in der Herbeiführung des gefährlichen Rauschs (wobei die Verübung der Rauschtat als unwiderlegbares Indiz der Gefähr-

²³⁸ Bericht, S. 38.

²³⁹ GÜNTER STRATENWERTH/FELIX BOMMER, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II: Straftaten gegen Gemeininteressen, 6. Aufl., Bern 2008, § 40 N 42, welche sie als „besonderes Kuriosum“ bezeichnen.

²⁴⁰ STRATENWERTH/BOMMER, (Fn. 239), § 40 N 37.

²⁴¹ Bericht, S. 39-40.

lichkeit dient), oder aber doch in einer Erfolgshaftung für die Rauschtat. Richtig ist, dass Art. 263 bezüglich des Schuldgrundsatzes gelinde gesagt problematisch ist, was zu entsprechender Kritik in der Lehre geführt hat.²⁴²

Angesichts der übrigen Ausgestaltung des vorliegenden Entwurfs überrascht es allerdings doch sehr, dass diese Bestimmung – die immerhin seit Beginn im StGB enthalten war – unter blosssem Verweis auf das Schuldprinzip mit einem Federstrich eliminiert werden soll. Der Frage, wie diese Bestimmung überhaupt Eingang in das StGB fand, wird nicht nachgegangen. Dies soll nachgeholt werden: Art. 263 liegt das Empfinden zu Grunde, dass es unerträglich wäre, wenn ein Täter einer unter Umständen schwersten Straftat der Bestrafung nur deshalb entgehen könnte, weil er im Augenblick der Tat schwer berauscht und deshalb schuldunfähig war. Es handelt sich um ein kriminalpolitisches Bedürfnis, welchem der Gesetzgeber – entgegen dem abschliessenden Vorentwurf der Expertenkommission und auch entgegen dem bundesrätlichen Entwurf – bewusst auf Kosten des Schuldprinzips nachlebte. Im Nationalrat wurde damals befürchtet, den Rauschtäter nicht zu bestrafen hiesse „das Schuldprinzip zu Tode zu reiten“, was die Öffentlichkeit nicht verstehen würde.²⁴³

Gerade bei dogmatisch wie kriminalpolitisch so einer heiklen Bestimmung wäre auch der Blick über die Grenzen angezeigt gewesen. Deutschland und Österreich kennen eine ähnliche Regelung. Frankreich und Italien demgegenüber anerkennen selbstverschuldete Trunkenheit nicht als zureichenden Grund für Unzurechnungsfähigkeit. Entsprechend entbehren sie einer besonderen Regelung der Rauschtat.²⁴⁴

Im Rahmen einer Abwägung, ob Art. 263 beizubehalten, abzuändern oder aufzuheben sei, hätten all diese Punkte – und zweifellos noch viele mehr – sorgfältig analysiert und gegeneinander abgewogen werden müssen. Vor allem, wenn man dem übrigen Bericht Glauben schenkt, wonach das Interesse der Öffentlichkeit am Strafrecht angewachsen sei. Die Art und Weise aber wie hier vorgegangen wurde, ist weder nachvollziehbar noch akzeptabel.

Die Änderung der Bestimmung wird ohne entsprechende korrekte und gründliche Vorbereitung und Begründung abgelehnt.

85. *Ad Art. 266^{bis} Abs. 2 Gegen die Sicherheit der Schweiz gerichtete ausländische Unternehmungen und Bestrebungen*

Die Bestimmung soll so geändert werden, dass in Fällen von Abs. 2 die Mindeststrafe von einem Jahr Freiheitsstrafe zwingend zur Anwendung komme. Wenn das Gericht einen schweren Fall bejahe, solle die Frage, ob die Mindeststrafe anzuwenden ist, fortan nicht mehr im Ermessen des Gerichts liegen. Dadurch werde die Rechtssicherheit verbessert.

Zur Einschränkung des richterlichen Ermessens vgl. die Ausführungen S.21 ff.

Die Änderung wird abgelehnt.

86. *Ad Art. 268 Verrückung staatlicher Grenzzeichen*

Die maximale Freiheitsstrafe soll auf drei Jahre gesenkt und damit an Art. 256 (Verrückung privater Grenzzeichen) angeglichen werden, da es sich – auch bezüglich Unrecht – um ähnliche Tatbestände handle. Zudem erscheine die verringerte Höchststrafe angemessen.

²⁴² Z.B. STRATENWERTH/BOMMER, (Fn. 239), § 40 N 52 ff.

²⁴³ STRATENWERTH/BOMMER, (Fn. 239), § 40 N 53; BSK StGB²-BOMMER, Art. 263 N 2.

²⁴⁴ BSK StGB²-BOMMER, Art. 263 N 5.

Keine Bemerkungen.

87. Ad Art. 270 Tätliche Angriffe auf schweizerische Hoheitszeichen

*Schutzobjekt seien die schweizerischen Hoheitszeichen. Mit der Senkung der maximalen Freiheitsstrafe auf ein Jahr soll dem Umstand Rechnung getragen werden, dass die Strafbestimmung vorwiegend nur symbolische Bedeutung habe, weshalb die verringerte Höchststrafe in jedem Fall angemessen erscheine. Parallel werde auch die Höchststrafe von Art. 298 (Tätliche Angriffe auf fremde Hoheitszeichen) auf ein Jahr Freiheitsstrafe reduziert.*²⁴⁵

Sofern man die Ehre und Autorität des Staats als Hoheitsinteressen schützen will, indem man tätliche Angriffe auf seine Symbole strafrechtlich sanktioniert: Keine Bemerkungen.

Allerdings würde bei einer Aufhebung dieser Strafnorm nicht jeder „Angriff“ straf-frei, unrechtmässige Aneignung (Art. 137), Diebstahl (Art. 139), Sachentziehung (Art. 141) oder Sachbeschädigung (Art. 141) könnten zur Anwendung gelangen.

Die Änderung der Bestimmung wird ohne entsprechende korrekte und gründliche Vorbereitung und Begründung abgelehnt.

88. Ad Art. 275^{bis} Staatsgefährliche Propaganda

*Die Strafbestimmung habe keine praktische Bedeutung, seit 1960 seien keine Verurteilungen erfolgt. Sie könne daher gestrichen werden.*²⁴⁶

Zur Aufhebung mangels praktischer Bedeutung gestützt auf die Statistiken vgl. vorne die allgemeinen Ausführungen zur Aufhebung von Strafnormen S. 12 ff.

Die Änderung wird abgelehnt.

89. Ad Art. 275^{ter} Rechtswidrige Vereinigung

*Die Strafbestimmung sei einerseits aufgrund der ausufernden Strafbarkeit rechtsstaatlich kaum haltbar, andererseits habe sie keine praktische Bedeutung: Seit 1960 seien keine Verurteilungen erfolgt. Sie könne daher gestrichen werden.*²⁴⁷

Tatsächlich ist die von Art. 275^{ter} umfasste Strafbarkeit sehr weit. Dass eine seit dem 5.1.1951 in Kraft stehende Bestimmung deshalb mit einer Begründung i.e.S. von 7 Zeilen eliminiert wird, erstaunt aber doch.

Zur Aufhebung mangels praktischer Bedeutung gestützt auf die Statistiken vgl. vorne die allgemeinen Ausführungen zur Aufhebung von Strafnormen S. 12 ff.

Die Änderung wird abgelehnt.

90. Art. 276 Aufforderung und Verleitung zur Verletzung militärischer Dienstpflichten

Diese Strafnorm soll aufgehoben werden. Sie regle einen Sondertatbestand, welcher nur in Friedenszeiten und von Zivilpersonen begangen werden könne. Das Pendant im MSTG sei Art. 98, der aber beibehalten werden soll. Art. 276 StGB habe jahrzehntelang zur Strafverfolgung von Personen gedient, die öffentlich zur Militärdienstverweigerung aufgerufen hatten. Mittlerweile habe sich in der Schweiz die Haltung gegenüber Militärdienstverweigerern ge-

²⁴⁵ Bericht, S. 39

²⁴⁶ Bericht, S. 39 f.

²⁴⁷ Bericht, S. 40.

ändert, es gäbe den zivilen Ersatzdienst und seit 1992 seien Aufrufe zur Verletzung militärischer Dienstpflichten nicht mehr strafrechtlich verfolgt worden. Die Bestimmung habe keine praktische Bedeutung mehr, weshalb sie gestrichen werden könne.

Wie bereits eingehend dargelegt, lässt sich die Strafwürdigkeit eines Verhaltens nicht über die Anzahl Verurteilungen bestimmen.²⁴⁸ Über die Frage, ob diese Strafbestimmung in Friedenszeiten notwendig²⁴⁹ sei – im Falle des aktiven Dienstes könnten gestützt auf Art. 4 MStG das Pendant Art. 98 MStG auch auf Zivilpersonen anwendbar erklärt werden – kann man verschiedener Meinung sein.

Nicht reflektiert wurde offenbar das Verhältnis zu Art. 259 StGB, der in veränderter redaktioneller Form aufrechterhalten wird: Dieser Artikel stellt das öffentliche Auffordern zu einem Verbrechen oder zu einem Vergehen mit Gewalttätigkeit gegen Menschen oder Sachen unter Strafe, was sich aber nicht auf Tatbestände des StGB beschränkt. Richtig ist, dass die öffentliche Aufforderung zu Militärdienstverweigerung in Friedenszeiten straflos würde (Art. 81 MStG ist nur im Aktivdienst ein Verbrechen, sonst ein Vergehen), nicht aber die Anstiftung dazu (die üblichen Regeln zur Täterschaft und Teilnahme berührt die beabsichtigte Aufhebung von Art. 276 nicht). Unter dem Titel der Dienstverletzungen (Art. 72-80 MStG) findet sich mit Art. 73 MStG (Missbrauch und Verschleuderung von Material) ein Vergehen, das durchaus Gewalt gegen Sachen enthalten kann und damit in den Anwendungsbereich von Art. 259 StGB geraten würde. Die Meuterei (Art. 63 MStG) ist hingegen ein Verbrechen, entsprechend kann die öffentliche Aufforderung dazu auch nach Aufhebung von Art. 276 StGB gestützt auf Art. 259 StGB bestraft werden (allerdings mit einer erheblich geringeren Strafandrohung als nach Art. 276 Ziff. 2 StGB).

Zur Aufhebung mangels praktischer Bedeutung gestützt auf die Statistiken vgl. vorne die allgemeinen Ausführungen zur Aufhebung von Strafnormen S. 12 ff.

Die Änderung der Bestimmung wird ohne entsprechende korrekte und gründliche Vorbereitung und Begründung abgelehnt.

91. Ad Art. 277 Fälschung von Aufgeboten oder Weisungen

Diese Bestimmung soll offenbar nur aufgehoben werden, weil sie praktisch keine Bedeutung habe. Seit 1969 seien dazu nur 11 Urteile ergangen.

Wie bereits eingehend dargelegt, lässt sich die Strafwürdigkeit eines Verhaltens nicht über die Anzahl Verurteilungen bestimmen.²⁵⁰

Zur Aufhebung mangels praktischer Bedeutung gestützt auf die Statistiken vgl. vorne die allgemeinen Ausführungen zur Aufhebung von Strafnormen S. 12 ff.

Die Änderung der Bestimmung wird ohne entsprechende korrekte und gründliche Vorbereitung und Begründung abgelehnt.

92. Ad Art. 278 Störung des Militärdienstes

Die Begründung gibt zuerst wieder, was der Tatbestand rege, was Schutzobjekt sei, und was bezüglich der Konkurrenzen gelte. Dann wiederum die mittlerweile bekannte Formel von wegen geringer praktischer Bedeutung und weniger Urteile.

²⁴⁸ Vgl. vorn S. 12 ff.

²⁴⁹ Auffällig ist, dass der Tatbestand laut dem Bericht „nur in Friedenszeiten“ begangen werden könne, als ob Friedenszeiten die Ausnahme wären.

²⁵⁰ Vgl. vorn S. 12 ff.

Vgl. dazu die Bemerkung zu Art. 277.

Zur Aufhebung mangels praktischer Bedeutung gestützt auf die Statistiken vgl. vorne die allgemeinen Ausführungen zur Aufhebung von Strafnormen S. 12 ff.

Die Änderung der Bestimmung wird ohne entsprechende korrekte und gründliche Vorbereitung und Begründung abgelehnt.

93. *Ad Art. 282 Ziff. 2 Wahlfälschung*

Es wird eine Erhöhung der Mindeststrafe auf 90 Tagessätze Geldstrafe vorgeschlagen, um eine sinnvolle Abstufung zwischen Grundtatbestand und der qualifizierten Tatbegehung in Ziff. 2 zu erreichen.

Diese Begründung ist verwirrend, zumal als Grundtatbestand in der Lehre Ziff. 1 der Bestimmung, als qualifizierte Form Ziff. 2 i.V.m. Ziff. 1 angesehen wird.²⁵¹ Insofern ist eine Abstufung durchaus schon vorhanden, wenn die Tathandlungen nach Ziff. 1 mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe geahndet werden, die qualifizierte Form der Wahlfälschung in Ziff. 2 mit Freiheitsstrafe bis drei Jahren oder Geldstrafe nicht unter 30 Tagessätzen und zusätzlich noch die Freiheitsstrafe mit einer Geldstrafe verbunden werden kann.²⁵² Wieso hier also eine Strafschärfung veranlasst werden soll, leuchtet nicht ein.

Die Änderung der Bestimmung wird ohne entsprechende korrekte und gründliche Vorbereitung und Begründung abgelehnt.

94. *Ad Art. 283 Verletzung des Abstimmungs- und Wahlgeheimnisses*

Die Höchststrafe soll auf ein Jahr Freiheitsstrafe oder Geldstrafe gesenkt werden und zwar in Anpassung an den vergleichbaren Tatbestand von Art. 179 (Verletzung des Schriftgeheimnisses).

Art. 283 schützt das Geheimnis schriftlicher Abstimmungen und Wahlen.²⁵³ Von Art. 179 hingegen wird die Sphäre der vertraulichen Kommunikation als Teilbereich der Privatsphäre gegen unbefugtes Öffnen verschlossener Schriftstücke und Pakete sowie gegen Verwendung von dadurch erlangten Kenntnissen geschützt.²⁵⁴ Die beim Öffnen des Stimmcouverts erfolgende Verletzung des Schriftgeheimnisses nach Art. 179 Abs. 1 wird durch Art. 283 konsumiert.²⁵⁵ Nach aktueller Rechtslage sind – abgesehen davon, dass durch beide Normen ein Geheimnis (Schriftgeheimnis bei Art. 179, Geheimnis schriftlicher Abstimmungen und Wahlen bei Art. 283) geschützt wird – kaum Gemeinsamkeiten ersichtlich. So ist die Strafandrohung nach Art. 179 Busse, d.h. es handelt sich um eine Übertretung im Gegensatz zur Verletzung des Abstimmungs- und Wahlgeheimnisses, die ein Vergehen darstellt und Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe androht. Darüber hinaus erfolgt die Strafverfolgung bei Art. 283 von Amtes wegen, die Verletzung des Schriftgeheimnisses hingegen stellt ein Antragsdelikt dar.

Elegant hat man die Diskrepanz der Strafdrohungen im Vorentwurf gelöst, indem schlicht Art. 179 zu einem Vergehen angehoben wurde (Freiheitsstrafe bis zu einem

²⁵¹ BSK StGB²-WEHRLE, Art. 282 N 17.

²⁵² Im Übrigen sieht man auch an dieser Bestimmung die Inkohärenz des VE, zumal bei der Wahlfälschung offenbar das richterliche Ermessen („kann“-Vorschrift) keine Rechtsunsicherheit birgt.

²⁵³ BSK StGB²-WEHRLE, ART. 283 N 1.

²⁵⁴ BSK StGB²-VON INS/WYDER, ART. 179 N 7.

²⁵⁵ BSK StGB²-WEHRLE, ART. 283 N 10.

Jahr oder Geldstrafe). Diese Vorgehensweise vermag aber nicht darüber hinwegzutäuschen, dass die Begründung, weshalb die Strafdrohung von Art. 283 gesenkt werden soll, auf wackeligen, wenn nicht gar wankenden Füßen steht, zumal die Konsumtion von Art. 179 durch Art. 283 einen Hinweis dafür ist, dass dieser einen umfassenderen Schutz gewähren soll als Art. 179.

Die Änderung der Bestimmung wird ohne entsprechende korrekte und gründliche Vorbereitung und Begründung abgelehnt.

95. Ad Art. 285 Ziff. 2 Abs. 2 Gewalt und Drohung gegen Behörden und Beamte

*Die Mindeststrafe dieser Bestimmung soll auf 90 Tagessätze Geldstrafe angehoben werden, um damit dem erschwerenden Umstand der Gewaltanwendung angemessen Rechnung zu tragen.*²⁵⁶

Inwieweit die Anhebung der Mindeststrafe von 30 Tagessätzen Geldstrafe auf 90 Tagessätze Geldstrafe dem erschwerenden Umstand der Gewaltanwendung angemessener Rechnung tragen soll als die aktuelle Strafdrohung, ist nicht nachvollziehbar und wird auch nicht näher erläutert.

Die Änderung der Bestimmung wird ohne entsprechende korrekte und gründliche Vorbereitung und Begründung abgelehnt.

96. Ad Art. 286 Hinderung einer Amtshandlung

*Die bestehende Höchststrafe von 30 Tagessätzen Geldstrafe soll auf Freiheitsstrafe bis zu 6 Monaten oder Geldstrafe angehoben werden, weil sie angesichts der „gravierendsten“ Verhaltensweisen, die der Tatbestand erfassen könnte, zu gering sei. Die durchschnittliche Dauer der verhängten Freiheitsstrafen läge deutlich unter 30 Tagen, wobei bis zum 1.1.2007 höchstens eine einmonatige Gefängnisstrafe habe verhängt werden können.*²⁵⁷

Die Orientierung an den schwersten Fällen um die Strafschärfung für diese Bestimmung zu begründen, zeigt deutlich, wie schwierig es dem Gesetzgeber fällt, tatsächlich stichhaltige Argumente für die Anhebung der Höchststrafe zu finden. Statt dessen wird verzweifelt versucht, selbst mit altem Recht zu argumentieren. Nur – wenn bereits unter altem Recht, das „nur“ eine Gefängnisstrafe von einem Monat als Höchststrafe kannte, die Verurteilungen auf deutlich unter 30 Tagen Gefängnis lauteten, ist schwierig vorstellbar, dass diese Entwicklung bei einer erweiterten Höchststrafe anders verlaufen sollte.

Die Änderung der Bestimmung wird ohne entsprechende korrekte und gründliche Vorbereitung und Begründung abgelehnt.

97. Ad Art. 292 Ungehorsam gegen amtliche Verfügungen

*Aus dieser Übertretung soll ein Vergehen gemacht werden mit einer Strafdrohung von bis zu einem Jahr Freiheitsstrafe. Dies in Anbetracht der Haltung, die der Täter zeige, und der Folgen seiner Weigerung sich an eine Verfügung zu halten. Dafür spreche auch der Vergleich mit den Artikeln 290, 291 und 294 StGB.*²⁵⁸

Diese Begründung ist schon sehr amüsant, wenn man bedenkt dass Art. 292 StGB die einzige Blankettstrafdrohung des StGB ist. Es lässt sich eben gerade nichts darüber sagen, was der Täter für eine Haltung zeigt und was die Folgen sind. Das wird erst

²⁵⁶ Bericht, S. 41.

²⁵⁷ Bericht, S. 41 f.

²⁵⁸ Bericht, S. 42.

durch den Inhalt der Verfügung bestimmt. Worum es sich dabei alles handeln kann, zeigen einige Muster aus der Rechtsprechung: Verpflichtung zur Vorlage eines Konzepts zur Qualitätssicherung gegen Schadstoffe im Nüsslisalat (BGE 124 IV 297); Pflicht, den sich in der Restaurantküche befindenden Waschautomaten zu entfernen (OGer AG, 8.7.1970, AGVE 1970, Nr. 59); Verbot, mit den Kindern oder der früheren Ehefrau in Kontakt zu treten oder sie anzusprechen (OGer LU, 9.11.1989, LGVE 1989 I, 2); Verbot zu behaupten, leiblicher Vater eines bestimmten Kindes zu sein (BGE 108 II 344=Pra 1983, Nr. 87); oder das Verbot, eine Privatstrasse mit dem Auto zu befahren (KGer GR, 16.11.1981, PKG 1981, Nr. 50).²⁵⁹

Anhand der schier unvorstellbarkeit der möglichen Verfügungsinhalte und der Vielfalt der verfügbaren Behörden – wobei es sich ja keineswegs nur um Gerichte handelt – scheint es zumindest sehr heikel, einen Strafraum von bis zu einem Jahr Freiheitsstrafe vorzusehen. Der Vergleich mit den Art. 290, 291 und 294 StGB ist nicht sachgerecht, eher müssten der Ungehorsam des Schuldners im Betreibungs- und Konkursverfahren (Art. 323 StGB) oder der Ungehorsam dritter Personen im Betreibungs-, Konkurs- und Nachlassverfahren (Art. 324 StGB) herangezogen werden, welche beide Busse als Sanktion vorsehen und nicht revidiert werden sollen.

Die Änderung der Bestimmung wird ohne entsprechende korrekte und gründliche Vorbereitung und Begründung abgelehnt.

98. Ad Art. 293 Abs. 3 Veröffentlichung amtlicher geheimer Verhandlungen

*Der Ausdruck „Richter“ soll durch den geschlechtsneutralen Begriff „Gericht“ ersetzt werden.*²⁶⁰

Hingewiesen sei darauf, dass der Richter im per 2007 revidierten AT StGB munter weiterlebt.

99. Ad Art. 294 Verstoss gegen ein Berufsverbot

*Weil Art. 294 keine Übertretung sondern ein Vergehen sei, werde der deutsche Randtitel geändert.*²⁶¹

Obschon die Marginalie wohl kaum Schwierigkeiten im Hinblick auf die Bestimmung des Deliktstyps hervorrief, hat deren Änderung keine Bedeutung.

Der Änderung wird zugestimmt.

100. Ad Art. 296 Beleidigung eines fremden Staates

*Die bisherige Höchststrafe sei im Vergleich zu den Strafandrohungen von Art. 126 und 177 zu hoch, zumal sich das strafbare Verhalten darauf beschränke, Geringschätzung zum Ausdruck zu bringen. Daher sei es angebracht, den Strafraum demjenigen in Art. 270 und 298 Vorentwurf anzupassen.*²⁶²

Art. 296 schützt primär das Interesse der Schweiz an der Aufrechterhaltung des Friedens, d.h. zentral ist die Sicherheit des eigenen Landes, die durch die Beleidigung eines fremden Staates gefährdet werden könnte. Sekundäres Schutzobjekt sind die Interessen des fremden Staates – konkret die Ehre seiner offiziellen Vertreter.²⁶³

²⁵⁹ Diese und weitere Beispiele bei BSK StGB²-RIEDO/BONER, Art. 292 N 29 ff.

²⁶⁰ Bericht, S. 42.

²⁶¹ Bericht, S. 42.

²⁶² Bericht, S. 42.

²⁶³ BSK StGB²-OMLIN, Art. 296 N 4.

Die gegenüber den Ehrverletzungsdelikten erhöhte Strafdrohung rechtfertigt sich durch das höherwertige Rechtsgut.²⁶⁴

Die Änderung der Bestimmung wird ohne entsprechende korrekte und gründliche Vorbereitung und Begründung abgelehnt.

101. Ad Art. 297 Beleidigung zwischenstaatlicher und supranationaler Organisationen

*Da Art. 297 nicht nur die Beziehungen der Schweiz zu den internationalen Organisationen, sondern auch zu den supranationalen Organisationen schützen sollte, würden sowohl Artikel wie auch Randtitel entsprechend ergänzt. Die bisherige Höchststrafe sei im Vergleich zur Strafdrohung von Art. 126 und 177 zu hoch, zumal sich das strafbare Verhalten darauf beschränke, Geringschätzung zum Ausdruck zu bringen. Daher sei es angebracht, den Strafrahmen demjenigen in Art. 270 und 298 Vorentwurf anzupassen.*²⁶⁵

Keine Bemerkungen zur Ergänzung, vgl. BSK StGB²-OMLIN, Art. 297 N 2. Bezüglich Strafrahmen kann auf die Ausführungen zu Art. 296 verwiesen werden, vgl. auch vgl. BSK StGB²-OMLIN, Art. 297 N 6.

102. Ad Art. 298 Tätliche Angriffe auf fremde Hoheitszeichen

*Die bisherige Höchststrafe sei im Vergleich zur Strafdrohung von Art. 177 zu hoch, zumal sich das strafbare Verhalten darauf beschränke, Geringschätzung zum Ausdruck zu bringen; es habe vor allem symbolische Bedeutung. Daher sei es angebracht, den Strafrahmen demjenigen in Art. 270 anzupassen.*²⁶⁶

Vgl. die Ausführungen zu Art. 270 und 296.

Die Änderung der Bestimmung wird ohne entsprechende korrekte und gründliche Vorbereitung und Begründung abgelehnt.

103. Ad Art. 303 Falsche Anschuldigung

Ziff. 1: Die Strafdrohung soll auf Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren beschränkt werden, weil der jetzige Strafrahmen ausserordentlich weit sei und in der Lehre kritisiert wurde, dass die Höchststrafe gleich sei wie bspw. bei der vorsätzlichen Tötung.²⁶⁷ Bei einem vergleichbaren Delikt im deutschen Strafgesetzbuch werde lediglich eine Maximalstrafe von fünf Jahren Freiheitsstrafe vorgesehen. Daher sei ein Strafrahmen von Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahre oder Geldstrafe als genügend und angemessen zu erachten.

*Ziff. 2: Der Strafrahmen soll ebenfalls reduziert werden und zwar auf Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe, so dass eine sinnvolle Abstufung der Strafrahmen erreicht werden könne.*²⁶⁸

Ziff. 1: Keine Bemerkungen. Vgl. BSK StGB²-DELNON/RÜDY, Art. 303 N 31; TRECHSEL ET AL., Praxiskommentar, Art. 303 N 11.

Ziff. 2: Keine Bemerkungen.

²⁶⁴ BSK StGB²-OMLIN, Art. 296 N 25.

²⁶⁵ Bericht, S. 42 f.

²⁶⁶ Bericht, S. 43.

²⁶⁷ BSK StGB²-DELNON/RÜDY, Art. 303 N 31. TRECHSEL??? 303 N 11??

²⁶⁸ Bericht, S. 43.

104. Ad Art. 304 Ziff. 2 Irreführung der Rechtspflege

Die Bestimmung soll gestrichen werden, eine Strafbefreiung könne allenfalls über Art. 52 erreicht werden.²⁶⁹

Keine Bemerkungen.

105. Ad Art. 305 Abs. 1^{ter} und 2 Begünstigung

In die Bestimmung soll ein neuer Abs. 1^{ter} eingefügt werden, der festhält, dass die Begünstigung nicht schwerer bestraft werden solle als die Vortat. Abs. 2 soll dahingehend abgeändert werden, dass der Täter straffrei bleibt, wenn er in so naher Beziehung zu dem Begünstigten steht, dass sein Verhalten entschuldbar ist (zuvor: fakultative Möglichkeit des Gerichts, von der Strafe Umgang zu nehmen).

Abs. 1^{ter}: Keine Bemerkungen. Vgl. BSK StGB²-DELNON/RÜDY, Art. 305 N 25.

Abs. 2: Keine Bemerkungen, abgesehen davon, dass auch damit das Ermessen der Gerichte eingeschränkt werden soll, hier allerdings nicht für einmal nicht aufgrund negativer Kritik. Vgl. BSK StGB²-DELNON/RÜDY, Art. 305 N 29 und die allgemeinen Ausführungen zum Ermessen der Gerichte S. 20 ff.

106. Ad Art. 305^{bis} Ziff. 2 Abs. 1 Geldwäscherei

Die Geldstrafe soll von 500 Tagessätzen auf 360 Tagessätze reduziert werden, weil im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens zunächst von einem Höchsttagessatz von CHF 2000 ausgegangen worden sei und mit der Erhöhung des Höchsttagessatzes auf CHF 3000 die Anpassung vergessen worden sei. Im Übrigen sei aber eine derart hohe Geldstrafe nicht notwendig, um einen schweren Fall der Geldwäscherei angemessen zu bestrafen, weil der allfällig erzielte erhebliche Gewinn der Einziehung (Art. 70) unterlägen oder eine Ersatzforderung nach Art. 71 begründen würden.²⁷⁰

Keine Bemerkungen. Vgl. STRATENWERTH/BOMMER (Fn. 239), § 55 N 34.

107. Ad Art. 306 Abs. 2 und 3 Falsche Beweisaussage der Partei

Abs. 2 der Bestimmung soll aufgehoben werden, weil nach einhelliger Lehre Eid und Handgelübde Überbleibsel aus vergangenen Zeiten seien und in der per Anfang nächsten Jahres in Kraft tretenden ZPO nicht mehr anzutreffen seien.

Abs. 3: Im Gegensatz zu Art. 307 fehle in Art. 306 eine Privilegierung für falsche Äusserungen, die sich auf Tatsachen beziehen, die für die richterliche Entscheidung unerheblich sind, was zu Unsicherheiten führe. Ein Teil der Lehre sei der Auffassung die Privilegierung solle analog auch für Art. 306 gelten, weshalb in Abs. 3 eine entsprechende Regelung eingeführt werde.²⁷¹

Abs. 2: Keine Bemerkungen. Vgl. BSK StGB²-DELNON/RÜDY, Art. 306 N 29.

Abs. 3: Eine zu Art. 307 Abs. 3 analoge Regel einzuführen ist nicht notwendig, da für die richterliche Entscheidung unerhebliche Äusserungen nicht von Art. 306 erfasst werden.²⁷²

²⁶⁹ Bericht, S. 43.

²⁷⁰ Bericht, S. 44.

²⁷¹ Bericht, S. 44 f.

²⁷² BSK StGB²-DELNON/RÜDY, Art. 306 N 30.

108. Ad Art. 307 Abs. 2 Falsches Zeugnis. Falsches Gutachten. Falsche Übersetzung
Diese Bestimmung soll aufgehoben werden. Zur Begründung wird auf die Ausführungen zu Art. 306 Abs. 2 verwiesen.²⁷³

Vgl. die Ausführungen zu Art. 306 Abs. 2.

109. Ad Art. 308 Strafmilderung

Bei Art. 308 soll einerseits der Ausdruck „Richter“ durch den geschlechtsneutralen Begriff „Gericht“, andererseits die Wendung „von einer Strafe kann Umgang genommen werden“ durch „kann von einer Bestrafung abgesehen werden“ ersetzt werden.²⁷⁴

Hingewiesen sei darauf, dass der Richter im per 2007 revidierten AT StGB munter weiterlebt.

110. Ad Art. 310 Ziff. 2 Abs. 2 Befreiung von Gefangenen

In Umsetzung des Grundsatzentscheides, dass es keine Mindeststrafen unter 30 Tagessätzen Geldstrafe bzw. einem Monat Freiheitsstrafe mehr geben solle, werde die Mindeststrafe auf 90 Tagessätze Geldstrafe erhöht. Dadurch ergebe sich eine sinnvolle Abstufung zur Strafdrohung in Ziff. 2 Abs. 1.

Diese Änderung ist nur nötig – wenn man dem so sagen will – weil der „Grundsatzentscheid“ gefällt wurde, Mindeststrafen von 30 Tagessätzen Geldstrafe gingen nicht mehr. Das Problem liegt bereits bei diesem Grundsatzentscheid, vgl. dazu die allgemeinen Ausführungen zu den Anpassungen von Mindeststrafen, vorne S. 16 ff.

Die Änderung der Bestimmung wird abgelehnt.

111. Ad Art. 311 Ziff. 1 Meuterei von Gefangenen

Um eine sinnvolle Abstufung zur Strafdrohung der qualifizierten Tatbegehung gemäss Ziff. 2 zu erzielen, soll die Mindeststrafe von 30 Tagessätzen Geldstrafe in Ziff. 1 aufgehoben werden.²⁷⁵

Vgl. die Ausführungen zu Art. 310 Ziff. 2 Abs. 2 sowie die allgemeinen Ausführungen zu den Anpassungen von Mindeststrafen, vorne S. 16 ff.

Die Änderung der Bestimmung wird abgelehnt.

112. Ad Art. 317 Ziff. 2 Urkundenfälschung im Amt

Die in heutiger Fassung als Übertretung ausgestaltete Bestimmung soll zum Vergehen angehoben werden, indem die Strafe neu anstelle von Busse Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder Geldstrafe betragen soll. Dies aufgrund der zu grossen Diskrepanz zwischen dem Vorsatz- und dem Fahrlässigkeitsdelikt. Da der Strafrahmen des Vorsatzdeliktes als angemessen erachtet wird, soll der Strafrahmen des Fahrlässigkeitsdeliktes erhöht werden. Dabei würden die Änderungen des AT StGB berücksichtigt.

Apodiktisch behauptet wird, die Strafandrohung von Ziff. 1 sei angemessen und die Diskrepanz zu Ziff. 2 sei zu gross. Dies wird nicht näher begründet, aber trotzdem scheint den Verfassern des Entwurfs klar, dass die Strafe von Ziff. 2 angehoben werden müsse, und zwar immerhin von Busse – d.h. Übertretung – zu Freiheitsstrafe bis

²⁷³ Bericht, S. 45.

²⁷⁴ Bericht, S. 45.

²⁷⁵ Bericht, S. 45.

sechs Monate oder Geldstrafe, also ein Vergehen mit weiteren Folgen wie bspw. Strafregistereintrag in jedem Fall.

Die Änderung der Bestimmung wird ohne entsprechende korrekte und gründliche Vorbereitung und Begründung abgelehnt.

113. Ad Art. 318 Falsches ärztliches Zeugnis

Die derzeitige Ziff. 1 Abs. 2 soll aufgehoben werden, denn das Verhalten, auf die sie sich beziehe, werde von Abs. 1 abgedeckt. Die in Ziff. 1 vorgesehene Höchststrafe werde auf fünf Jahre Freiheitsstrafe erhöht, denn für den erschwerten Fall in dem bisherigen Ziff. 1. Abs. 2 könne im konkreten Fall eine Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren angemessen sein. Die in Ziff. 1 angedrohte Höchststrafe stimme von nun an mit der Strafe überein, die in den Art. 251, 317 Ziff. 1 und 322^{quater} vorgesehen seien.

Zwischen dem Strafrahmen für das vorsätzlich begangenen Delikt in Ziff. 1 und dem Fahrlässigkeitsdelikt in Ziff. 2 bestehe schon bisher ein zu grosser Unterschied; daher sei es angebracht, die in Ziff. 2 vorgesehene Strafe ebenfalls zu erhöhen.²⁷⁶

Bei diesen Änderungsvorschlägen handelt es sich einmal mehr um blosser Wünsche nach mehr Strafe, die keine wirkliche Begründung finden. Insbesondere, dass für das falsche Arztzeugnis nach Ziff. 1 die gleiche Strafandrohung gefordert wird wie für die Urkundenfälschung (Art. 251) leuchtet nicht ein: Bei Art. 318 handelt es sich um einen besonderen (qualifizierten) Fall der Falschbeurkundung²⁷⁷, der in der Strafandrohung aber privilegiert ist und als *lex specialis* dem Art. 251 vorgeht. Ein systematisch denkender Gesetzgeber müsste die *lex specialis* aufheben, anstatt sie mit der *lex generalis* identisch zu machen.

Auch die Erhöhung der Strafandrohung bei Fahrlässigkeit und ist unbegründet. Insbesondere kann nicht argumentiert werden, sie müsse gleich sein wie bei Art. 317 Ziff. 2, ist doch der Arzt, der fahrlässig ein unwahres Zeugnis ausstellt (und nicht etwa eine fahrlässige Fehldiagnose!) nicht ohne weiteres vergleichbar mit einem von Art. 317 als Person öffentlichen Glaubens erfassten Notar, dessen Kernkompetenz ja gerade das richtige Ausstellen von Urkunden ist.

Die Änderung der Bestimmung wird ohne entsprechende korrekte und gründliche Vorbereitung und Begründung abgelehnt.

114. Ad Art. 319 Entweichenlassen von Gefangenen

Die Höchststrafe soll auf fünf Jahre Freiheitsstrafe erhöht werden, weil im konkreten Fall eine Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren angemessen sein könne, d.h. im Fall, da der Täter für die Begehung der Tat einen Vorteil gefordert, angenommen oder sich versprechen lassen hätte. Dies entspreche im Verhalten dem bisherigen 318 Ziff. 1 Abs. 2. Die Höchststrafe würde zudem harmonisieren mit denjenigen von Art. 312, 317 Ziff. 1, sowie 322^{quater}, die zum Teil vergleichbare Verhaltensweisen unter Strafe stellen.²⁷⁸

Vgl. die Anmerkungen zu Art. 321 Ziff. 1 Abs. 1.

²⁷⁶ Bericht, S. 46.

²⁷⁷ Es handelt sich also – wie der Gesetzestext schon sagt – um eine unwahre, nicht um eine falsche Urkunde. Entsprechend ist der Randtitel irreführend, was aber offenbar nicht erkannt wurde. Man konzentrierte sich wohl auf linguistische Feinheiten wie bei Art. 239 (Störung von Betrieben im Dienste der Allgemeinheit).

²⁷⁸ Bericht, S. 46.

Trotzdem ist noch anzufügen, dass mit dem Hinweis auf Art. 318 Ziff. 1 Abs. 2 (falsches ärztliches Zeugnis) Apfel mit Birnen verglichen werden. Ausserdem ist schon die Verschärfung von Art. 318 – wie gezeigt wurde – ungerechtfertigt, entsprechend kann eine Verschärfung von Art. 319 nicht damit begründet werden.

Die Änderung der Bestimmung wird ohne entsprechende korrekte und gründliche Vorbereitung und Begründung abgelehnt.

115. Ad Art. 320 Ziff. 1 Abs. 1 Verletzung des Amtsgeheimnisses

Die Höchststrafe soll von drei auf fünf Jahre Freiheitsstrafe erhöht werden, weil im konkreten Fall eine Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren angemessen sein könne, d.h. im Fall, da der Täter für die Begehung der Tat einen Vorteil gefordert, angenommen oder sich versprechen lassen hätte. Die Höchststrafe würde zudem harmonieren mit denjenigen von Art. 312, 317 Ziff. 1, 319 sowie 320 Ziff. 1 Abs. 1 etc., die vergleichbare Verhaltensweisen unter Strafe stellen.²⁷⁹

Zunächst ist festzuhalten, dass wohl bei vielen Tatbeständen vereinzelte extreme Verhaltensweisen denkbar sind, die in einem (nach subjektivem Empfinden) gefällten Urteil oberhalb des vorgesehenen Strafrahmens zu liegen kommen könnte. Dennoch geht es nicht an, dass die blühende Phantasie des Gesetzgebers für Straferhöhungen als Argument dient. Die Harmonie mit Art. 317 Ziff. 1, 319 und 320 Ziff. 1 Abs. 1 besteht bereits heute und es wird vom Bericht nicht dargelegt, inwiefern eine höhere Strafdrohung der Verfolgung entsprechender Verhaltensweisen dienlich sein könnte.²⁸⁰ Zudem erstaunt auch in diesem Zusammenhang der Hinweis auf die durchschnittliche Höhe der ausgefallten Freiheitsstrafe, die in casu bis zu fünf Monate, in der Regel aber nicht mehr als drei Monate betragen soll. Bei einem Strafraumen, der bis zu drei Jahren Freiheitsstrafe oder Geldstrafe reicht, sollte man meinen, dass die Gerichte gegen oben noch genügend „Spielraum“ hätten, um dem Verschulden angepasste Strafen zu verhängen.

Die Änderung der Bestimmung wird ohne entsprechende korrekte und gründliche Vorbereitung und Begründung abgelehnt.

116. Ad Art. 321 Ziff. 1 Abs. 1 Verletzung des Berufsgeheimnisses

Die Höchststrafe soll von drei auf fünf Jahre Freiheitsstrafe erhöht werden, weil im konkreten Fall eine Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren angemessen sein könne, d.h. im Fall, da der Täter für die Begehung der Tat einen Vorteil gefordert, angenommen oder sich versprechen lassen hätte. Die Höchststrafe würde zudem harmonieren mit denjenigen von Art. 312, 317 Ziff. 1, 319 sowie 320 Ziff. 1 Abs. 1 etc., die vergleichbare Verhaltensweisen unter Strafe stellen.²⁸¹

Vgl. die Ausführungen zu Art. 320.

Die Änderung der Bestimmung wird ohne entsprechende korrekte und gründliche Vorbereitung und Begründung abgelehnt.

117. Ad Art. 321^{ter} Abs. 1, 2 und 4 Verletzung des Post- und Fernmeldegeheimnisses

Abs. 1: Die Höchststrafe soll von drei auf fünf Jahre Freiheitsstrafe erhöht werden, weil im konkreten Fall eine Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren angemessen sein könne, d.h. im Fall, da der Täter für die Begehung der Tat einen Vorteil gefordert, angenommen oder sich versprechen lassen hätte. Die Höchststrafe würde zudem harmonieren mit denjenigen von Art. 312,

²⁷⁹ Bericht, S. 46.

²⁸⁰ Vgl. vorne die Ausführungen zu den Strafzwecken, insbesondere Abschreckung (S. 9 f.) und zu den kriminologischen Erkenntnissen (S. 12 ff.).

²⁸¹ Bericht, S. 47.

317 Ziff. 1, 319 sowie 320 Ziff. 1 Abs. 1 etc., die vergleichbare Verhaltensweisen unter Strafe stellen.²⁸²

Abs. 2: betrifft nur den französischen Text.

Abs. 4: Der Rechtfertigungsgrund „zur Verhinderung von Schäden“ soll aufgehoben werden, da er unstritten und überflüssig sei; insbesondere sei er aufgrund der allgemeinen Bestimmungen in Art. 14, 17 und 18 und der Bedingungen geboten, die sich aus diesen Artikeln ableiten würden. Zudem wird auf die allgemeinen Grundsätze in Ziff. 1.3 des Berichts verwiesen.²⁸³

Abs. 1: Vgl. die Ausführungen zu Art. 320.

Abs. 2: Keine Bemerkungen.

Abs. 4: Keine Bemerkungen. Vgl. BSK StGB²-OBERHOLZER, Art. 321^{ter} N 10.

Die Änderung der Bestimmung wird ohne entsprechende korrekte und gründliche Vorbereitung und Begründung abgelehnt.

118. Ad Art. 322^{bis} Nichtverhinderung einer strafbaren Veröffentlichung

Abs. 1: Die in heutiger Fassung als Übertretung ausgestaltete Bestimmung soll zum Vergehen angehoben werden, indem die Strafe neu anstelle von Busse Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder Geldstrafe beträgt. Dies aufgrund der zu grossen Diskrepanz zwischen dem Vorsatz- und dem Fahrlässigkeitsdelikt. Da der Strafraum des Vorsatzdeliktes als angemessen erachtet wird, soll der Strafraum des Fahrlässigkeitsdeliktes erhöht werden. Dabei würden die Änderungen des AT StGB berücksichtigt.

Abs. 2 und 3: Da es bei Art. 322^{bis} wie bei der Hehlerei einer strafbaren Vortat bedürfe, sei ein Abs. 2 einzufügen, welcher vorsieht, dass die Strafe nicht höher ist, als die für die Vortat angedrohte Strafe. Ist die Vortat ein Antragsdelikt, ist die Verfolgung nur subsidiär möglich, wenn gegen den Autor der Veröffentlichung gültig Strafantrag gestellt worden sei. Daher soll ein Abs. 3 eingefügt werden, der Art. 160 Ziff. 1 Abs. 3 nachempfunden ist.²⁸⁴

Abs. 1: Auch hier zeigt sich, dass der Vorentwurf janusköpfig ist, zumal bei den allgemeinen Grundsätzen ausgeführt wird, dass sich Strafdrohungen von vorsätzlich und fahrlässig begangenen Delikten wegen ihres unterschiedlichen Unrechtsgehaltes unterscheiden müssten, wobei unangemessen grosse Unterschiede zu vermeiden seien.

Die vorliegende Bestimmung regelt das Vorsatzdelikt als Vergehen, das Fahrlässigkeitsdelikt hingegen als Übertretung. Es handelt sich dabei um die für die entsprechenden Deliktstypen üblichen Strafraum, weshalb nicht ersichtlich ist, inwiefern diese Unterscheidung unangemessen sein sollte. Die vorsätzliche Nichtverhinderung einer strafbaren Veröffentlichung setzt voraus, dass der Verantwortliche um die Rechtswidrigkeit des Inhaltes weiss und die Veröffentlichung will, die fahrlässige Begehung hingegen kann bspw. bereits darin bestehen, dass ein Redaktor ehrverletzende Äusserungen nicht als solche in einem Leserbrief erkennt.²⁸⁵ Bei der aktuellen Regelung wird der Unrechtsgehalt des Verhaltens eines bloss subsidiär Verantwort-

²⁸² Bericht, S. 47.

²⁸³ Bericht, S. 47.

²⁸⁴ Bericht, S. 47 f.

²⁸⁵ BSK StGB II-ZELLER, Art. 322^{bis} N 8 f.; DONATSCH/WOHLERS, Strafrecht IV, 505.

lichen im Vergleich zu demjenigen des eigentlichen Autors als geringer eingestuft.²⁸⁶ Dies bedeutet aber nichts anderes, als das grundsätzlich der Autor am strengsten zu bestrafen, die fahrlässige Nichtverhinderung einer strafbaren Veröffentlichung hingegen am unteren Ende dieser Strafhierarchie einzustufen ist. Wie die Anhebung des Fahrlässigkeitsdelikts zu einem Vergehen in dieses Bild passen soll, ist nicht nachvollziehbar.

Die Änderung der Bestimmung wird daher abgelehnt.

Abs. 2: In der Lehre wird bereits heute gefordert, dass gestützt auf Art. 322^{bis} keine den Rahmen der Vortat übersteigende Strafe ausgesprochen werden dürfe.²⁸⁷

Einer solchen Anpassung ist daher nichts entgegenzusetzen.

Abs. 3: Bereits heute wird in der Lehre anerkannt, dass wenn die strafbare Handlung, die durch die Nichtverhinderung der Veröffentlichung begangen wird, ein Antragsdelikt ist, für die Verfolgung der Straftat gemäss Art. 322^{bis} ein Strafantrag bezüglich des Antragsdeliktes Voraussetzung bildet.²⁸⁸

Einer entsprechenden Ergänzung der Bestimmung wird daher zugestimmt.

119. Ad Art. 325^{bis} Widerhandlungen gegen die Bestimmungen zum Schutz der Mieter von Wohn- und Geschäftsräumen

Die Bestimmung soll aufgehoben werden, weil ihre praktische Bedeutung gering sei (4 Urteile seit Inkraftsetzung 1. Juli 1990, zuletzt im Jahr 1997).²⁸⁹

Zur Aufhebung mangels praktischer Bedeutung gestützt auf die Statistiken vgl. S. 22 ff.

Wichtig scheint uns auch hier, den Zusammenhang mit dem Privatrecht hervorzuheben. Art. 325^{bis} ist vor dem Hintergrund von Sinn und Zweck des Mietrechts zu sehen. Er dient als Massnahme, um die Funktionsvoraussetzungen des (Miet-)Vertragsrechtsmechanismus sicherzustellen und den Mieter vor dem Missbrauch eines sozialen Machtgefälles zu schützen.²⁹⁰

Die Aufhebung von Art. 325^{bis} wird daher abgelehnt.

120. Ad Art. 326^{bis} Anwendung auf juristische Personen, Handelsgesellschaften und Einzelfirmen 2. Im Falle von Artikel 325^{bis}

Die Bestimmung soll gestrichen werden, weil sie durch die Aufhebung von Art. 325^{bis} hinfällig werde.²⁹¹

Zur Aufhebung mangels praktischer Bedeutung gestützt auf die Statistiken vgl. vorne die allgemeinen Ausführungen zur Aufhebung von Strafnormen (S. 22 ff.). Im Zusammenhang mit Art. 325^{bis} kann auf die entsprechenden Ausführungen verwiesen werden.

²⁸⁶ BBl 1996, 566; DONATSCH/WOHLERS, Strafrecht IV, 502 f.

²⁸⁷ TRECHSEL ET AL., Praxiskommentar, Art. 332^{bis} N 2 in fine.

²⁸⁸ BSK StGB²-ZELLER, Art. 322^{bis} N 12; DONATSCH/WOHLERS, Strafrecht IV, 506; TRECHSEL ET AL., Praxiskommentar, Art. 322^{bis} N 3.

²⁸⁹ Bericht, S. 48.

²⁹⁰ BSK StGB²-AMSTUTZ/REINERT, Art. 325^{bis} N 1 ff.; DONATSCH/WOHLERS, Strafrecht IV, 546.

²⁹¹ Bericht, S. 48.

Die Aufhebung von Art. 326^{bis} wird abgelehnt.

121. Ad Art. 328 Nachmachen von Postwertzeichen ohne Fälschungsabsicht

*Die Bestimmung soll gestrichen werden, weil ihre praktische Bedeutung verschwindend klein sei. Zwischen 1984 und 2006 wurde kein einziges Urteil gestützt auf die Bestimmung gefällt.*²⁹²

Zur Aufhebung mangels praktischer Bedeutung gestützt auf die Statistiken vgl. vorne die allgemeinen Ausführungen zur Aufhebung von Strafnormen (S. 22 ff.).

Die praktische Bedeutung dieser Norm ist allerdings insofern tatsächlich marginal, als ihr Anwendungsbereich sehr klein ist, umfasst er doch einzig als Tatobjekt nicht mehr gültige Postwertzeichen.²⁹³ Von der Lehre wird die Aufhebung von Art. 328 bereits seit längerer Zeit gefordert.²⁹⁴

Der Aufhebung von Art. 328 wird daher zugestimmt.

122. Ad Art. 329 Verletzung militärischer Geheimnisse

*Die Bestimmung soll aufgehoben werden, weil zwischen 1984 und 2006 kein einziges Urteil aufgrund dieser Bestimmung ergangen ist.*²⁹⁵

Zur Aufhebung mangels praktischer Bedeutung gestützt auf die Statistiken vgl. vorne die allgemeinen Ausführungen zur Aufhebung von Strafnormen (S. 22 ff.).

Die Änderung der Bestimmung wird abgelehnt.

123. Ad Art. 330 Handel mit militärisch beschlagnahmtem Material

*Die Bestimmung soll mangels praktischer Relevanz gestrichen werden.*²⁹⁶

Zur Aufhebung mangels praktischer Bedeutung gestützt auf die Statistiken vgl. vorne die allgemeinen Ausführungen zur Aufhebung von Strafnormen (S. 22 ff.).

Die Änderung der Bestimmung wird abgelehnt.

124. Ad Art. 331 Unbefugtes Tragen der militärischen Uniform

*Die Bestimmung soll aufgehoben werden. Einzige Begründung dafür ist die praktische Bedeutungslosigkeit, weil zwischen 1984 und 2006 durchschnittlich weniger als ein Urteil pro Jahr aufgrund dieser Bestimmung gefällt wurde.*²⁹⁷

Zunächst ist anzumerken, dass die Statistik zu den Urteilen gestützt auf Art. 331 nicht online beim BFS abrufbar sind. Selbst wenn man aber von weniger als einer Verurteilung pro Jahr ausgeht: vgl. vorne die allgemeinen Ausführungen zur Aufhebung von Strafnormen (S. 22 ff.).

Die Änderung der Bestimmung wird abgelehnt.

²⁹² Bericht, S. 48.

²⁹³ BSK StGB²-LENTJIES MEILI/KELLER, Art. 328 N 7; NIGGLI, Kommentar zum schweizerischen Strafrecht, Bd. 6a, . Fälschung von Geld, amtlichen Wertzeichen, amtlichen Zeichen. Mass und Gewicht: Art. 240-250 sowie Art. 327 und 328 StGB, Bern 2000, Art. 328 N 5 ff. und N 25.

²⁹⁴ BSK StGB²-LENTJIES MEILI/KELLER, Art. 328 N 9; NIGGLI, (Fn. 293), Art. 328 N 8.

²⁹⁵ Bericht, S. 48 f.

²⁹⁶ Bericht, S. 49.

²⁹⁷ Bericht, S. 49.

125. Ad Art. 332 Nichtanzeigen eines Fundes

Die Bestimmung soll aufgehoben werden. Begründet wird dieser Schritt damit, dass es sonderbar anmute, dass die unrechtmässige Aneignung (Art. 137), die eine schwerwiegendere Widerhandlung darstelle, im Gegensatz zum Nichtanzeigen eines Fundes ein Antragsdelikt sei. Mit Blick auf die Nachbarländer wird festgestellt, dass der Fund einer verlorenen Sache überall als Aneignungsdelikt behandelt werde, das nur bei Zueignung der gefundenen Sache zum Zuge komme (analog Art. 137).²⁹⁸

Es ist richtig, dass das Nichtanzeigen eines Fundes im Gegensatz zur Fundunterschlagung gemäss Art. 137 Ziff. 2 ein Officialdelikt darstellt, was in der Tat als fragwürdig erachtet werden kann.²⁹⁹ Allerdings scheint die Lösung durch Streichung der Norm doch etwas gar simpel, zumal die korrelierten Bestimmungen im ZGB offenbar unverändert stengelassen würden. Wie soll jedoch die Durchsetzung der Anzeigepflicht durchgesetzt werden, wenn keine Aneignungsabsicht vorliegt und daher kein Fall von Fundunterschlagung gemäss Art. 137 Ziff. 2 vorliegt?

Gänzlich unwichtig erscheint im Zusammenhang mit dieser Bestimmung die ansonsten rege zitierte Statistik, die bei Art. 332 zwischen 1960 und 2005 doch einen jährlichen Durchschnitt von 33 Verurteilungen aufweist – dies bedeutet im Sinne des Berichts, dass der Bestimmung zumindest keine „marginale“ Bedeutung zukommt, weshalb sie ja eigentlich Bestand haben müsste. Zu prüfen wäre daher, ob allenfalls Art. 332 in ein Antragsdelikt umgewandelt werden könnte.

Die Streichung der Bestimmung wird abgelehnt.

126. Ad Art. 342 Abs. 1 Gerichtsstand bei strafbaren Handlungen im Ausland

Die Terminologie der deutschen Fassung soll aus Gründen der Klarheit an den französischen und italienischen Wortlaut angepasst werden.³⁰⁰

Keine Bemerkungen.

IV. Fazit

Grundsätzlich erscheint die Revision des besonderen Teiles des Strafgesetzbuches als grosse Chance. Damit diese Chance allerdings wahrgenommen werden kann, darf nicht einfach an einzelnen Zahnrädern im „Uhrwerk“ des Strafrechts herumgeschraubt werden, sondern muss die Uhr als Ganzes begriffen, zerlegt und von Grund auf revidiert werden. Das setzt voraus, dass man sich Gedanken macht zum materiellen Verbrechensbegriff und zu den jeweils geschützten Rechtsgütern.

Die blosser Annahme oder Unterstellung, dass mehr oder höhere Strafe auch mehr Sicherheit produziere, ist schlicht abwegig vor dem Hintergrund empirischer Forschungsergebnisse. Dasselbe gilt von der Behauptung, die Bevölkerung wünsche sich härterer Strafen.

So begrüssenswert ein Vorhaben erscheint, das eine Harmonisierung der Delikte anstrebt, so merkwürdig muss es erscheinen, wenn dies ausschliesslich in strafscharfender Optik geschieht, und dann auch noch so eklektisch und willkürlich wie hier. Dass mangels eigentlicher Argumente ganz zufällig einmal auf Begriffe wie „ganz offensichtlich“ und Ähnlichem, ein ander Mal auf die Rechtsvergleichung rekurriert wird, erhöht das Vertrauen nicht.

²⁹⁸ Bericht, S. 49 f.

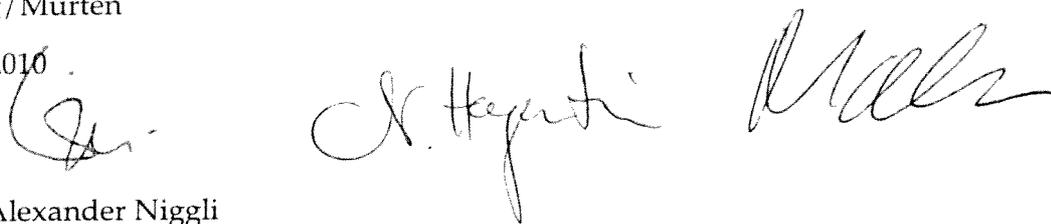
²⁹⁹ BSK StGB³-NIGGLI, Art. 332 N 19.

³⁰⁰ Bericht, S. 50.

Schliesslich muss noch einmal an das höchste Gut erinnert werden, das die Rechtsordnung bietet: Sicherheit, d.h. vor allem einmal Sicherheit des Rechts. Solche Sicherheit kann sich indes nicht einstellen, wenn alle paar Monate oder Jahre das geltende Recht mal so mal anders geändert wird. Recht ist grundsätzlich änderungsfeindlich, denn nur durch die Langsamkeit seiner Veränderung kann es Vertrauen in der Bevölkerung aufbauen und den Gerichten Zeit geben für die Entwicklung stabiler Praktiken. All dies wird vergeben mit Hau-Ruck-Revisionen, die keine Systematik erkennen lassen.

Freiburg/Murten

10. XII. 2010



Marcel Alexander Niggli
Nadine Hagenstein
Stefan Maeder

Universität Freiburg
Beauregard 11
1700 Freiburg

RF, BoFe, 6000 Luzern 7

Bundesamt für Justiz
Direktionsbereich Strafrecht
Bundesrain 20
3003 Bern

Rechtswissenschaftliche Fakultät
Prof. Dr. iur. Felix Bommer

Luzern, 7. Dezember 2010

Vernehmlassung zum Vorentwurf des Bundesrates betr. BG über die Harmonisierung der Strafrahmen im Strafgesetzbuch, im Militärstrafgesetz und im Nebenstrafrecht

Sehr geehrte Frau Bundesrätin

Nachfolgend unterbreite ich Ihnen eine Einschätzung von ausgewählten Punkten des og. Vorentwurfes.

I Allgemeines

Zunächst fällt auf, dass der VE weit über das hinausgeht, was er im Titel verspricht. Es gibt zahlreiche Neuerungen, die sich nicht auf die Strafrahmen beziehen, sondern auf die Existenz einzelner Strafnormen überhaupt oder aber auf deren Tatbestands- und nicht Rechtsfolgenseite. Solche Änderungen sind nicht per se unerwünscht. Doch besteht bei einem Projekt, das den Fokus auf die Strafrahmen legt, die Gefahr, dass Veränderungen in den Tatbeständen selber nicht mit der nötigen Tiefe geprüft werden können bzw. worden sind. Eine Harmonisierungsvorlage muss den Fokus auf einen Vergleich der Strafrahmen legen, d.h. „horizontal“ auf ihren Gegenstand blicken. Dabei droht die „vertikale“ Betrachtung, d.h. die Frage, ob eine bestimmte Strafdrohung dem strafbaren Verhalten, auf das sie folgt, angemessen ist, zu kurz zu kommen. Das ist dort wenig schädlich, wo es z.B. um die Streichung von Mindeststrafen von 30 Tagen/Tagessätzen geht (EB S. 6 f.); diese können in der Tat gestrichen werden, weil sie bereits jetzt das richterliche Ermessen nur minimim einschränken. Hingegen müsste man sich die Erhöhung von Mindeststrafen auf 90 Tage/Tagessätze für jeden einzelnen Tatbestand genau überlegen, weil damit eine mehr als minimale Ermessenseinschränkung verbunden ist. Dasselbe gilt für die Erhöhung von Höchststrafen auf 180 Tage/Tagessätze. Das formale Argument der Vereinheitlichung genügt dafür nicht. Die durchgehende Ansetzung

einer Untergrenze von 6 Monaten für die gewerbsmässige Begehung ist ebenfalls allein aus formaler Warte richtig, übergeht aber die Frage, ob es bei jeder einzelnen der betroffenen Bestimmung am Platze ist, sie mit einer Mindeststrafe in dieser Höhe zu versehen.

Die geplante Revision geht noch in einem zweiten Schritt über eine Harmonisierung der Strafraumen hinaus: Es finden sich in dem VE auch sehr substantielle Änderungen, die mit technischen Hinweisen erklärt werden, jedoch materielle Änderungen in der Sache darstellen, für die man eine ausreichende Begründung vermisst. In einzelnen Tatbeständen wird die Geldstrafe gestrichen, z.B. in Art. 129. Dahinter stehen rechtspolitische Einschätzungen, die einer breiten Diskussion zugeführt werden und nicht innerhalb eines blossen „Harmonisierungsprojektes“ mitverwirklicht werden sollten. Denn die Streichung der Geldstrafe ist in diesen Fällen die Vorwegnahme der parallelen dritten Revision des AT (dazu sogleich), und so läuft auf eine „technische“ Streichung hinaus, was eine Diskussion in der Sache verdiente. Auch in diesem Punkt verleugnet die Vorlage ihren eigenen Titel und führt undiskutiert zu einer allgemeinen Anhebung der Intensität strafender Eingriffe.

Damit hängt ein weiteres Monitum zusammen, das Hauptargument gegen diese Vorlage: Ihr Zeitpunkt ist sehr ungünstig gewählt. Bevor man besondere Strafdrohungen einer kritischen Analyse unterzieht, muss man wissen, was für sie *allgemein* gelten soll. So wird es einen Unterschied machen, ob das Parlament die bedingte Geldstrafe tatsächlich abschaffen oder ob sie weiterhin Bestand haben wird. Und ebenso ist es verfrüht, Strafdrohungen von über 180 Einheiten allein mit Freiheitsstrafe zu versehen, bevor man weiss, ob die Rückstufung der Geldstrafe auf 180 statt wie bis anhin 360 Tagessätze überhaupt Gesetz werden wird. Das gleiche gilt für die Frage, ob die Obergrenze der teilbedingten Freiheitsstrafe auf 2 Jahre zurückgenommen wird oder bei 3 Jahren bleibt.

Einzelne Vorschriften, welche auf der Rechtsfolgenseite eine „kann“-Formulierung verwenden, sollen zu „ist“-Vorschriften werden. Das beste Argument dagegen liefert der EB gleich selber: Er sagt nämlich zu Recht, dass häufig bereits auf Tatbestandsseite Unsicherheiten darin bestehen, ob ein bestimmtes Tatbestandsmerkmal erfüllt ist, z.B. ein grosser Schaden oder ein leichter Fall (EB S. 7). Wenn dem aber so ist, dann sollte man diesen Unsicherheiten nicht noch grössere Bedeutung verleihen, indem man auf der Rechtsfolgenseite *zwingend* einen höheren oder tieferen Strafraumen vorsieht. Vielmehr erlaubt es die geltende Lösung, Unsicherheiten auf der Tatbestandsseite über die Rechtsfolgenseite abzufedern, indem etwa bei einem leichten Fall an der Grenze zum normalen nicht von einem tieferen Strafraumen Gebrauch gemacht werden muss. Von der Abänderung dieser „kann“-Vorschriften in „muss“-Vorschriften ist abzusehen.

Die vorgeschlagenen Änderungen im Nebenstrafrecht beziehen sich auf solche Nebenstrafgesetze, die Verbrechen enthalten, was insofern vertretbar erscheint, als der EB zu Recht der Ansicht ist, dass eine Überprüfung sämtlicher Strafbestimmungen des Nebenstrafrechts den Rahmen der vorliegenden Revision definitiv sprengen würde. Ich habe nicht überprüft, ob alle solchen Gesetze mit Strafdrohungen von mehr als 3 Jahren erfasst sind, eine *kursorische* Durchsicht hat allerdings ergeben, dass etwa das Kernenergiegesetz (SR 732.1) fehlt, das in Art. 88 Abs. 2 „Zuchthaus“ (heute: Freiheitsstrafe bis zu 20 Jahren) und in Art. 89 Abs. 2 „Zuchthaus bis zu 10 Jahren“ androht. Auch das Güterkontrollgesetz (SR 946.202) sieht in Art. 14 Abs. 2 „Zuchthaus bis

zu 10 Jahren“ vor, das Embargogesetz (SR 946.231) in Art. 9 Abs. 2 „Gefängnis bis zu 5 Jahren“ (was allerdings nach altem Recht ein Vergehen blieb, neu aber ein Verbrechen sein müsste) und Art. 14 Abs. 4 VStrR ebenfalls eine fünfjährige Freiheitsstrafe; diese Gesetze berücksichtigt der VE nicht.

Aus den genannten Gründen halte ich dafür, das Vorhaben der „Harmonisierung“ zurückzustellen. Zuerst muss Klarheit herrschen, was im Rahmen der Revision des AT künftig gelten wird. Im Anschluss daran sollte die Harmonisierungsfrage wieder an die Hand genommen werden, dann aber vertieft.

II Bemerkungen zu einzelnen vorgeschlagenen Änderungen

Art. 116

Nicht aufheben; die Begründung für die Aufhebung im EB trifft nicht zu:

- Die Feststellung (S. 14), dass sich heutzutage die spezifische Situation einer ledigen werdenden Mutter anders darstellt als zu Zeiten des Erlasses des StGB, ist zwar richtig. Sie führt aber nur dazu, dass die Zahl der Verurteilungen nach Art. 116 StGB in den letzten 25 Jahren minim war (pro Jahr zwischen 0 und 3). Sie führt aber nicht dazu, dass eine werdende Mutter sich nicht gleichwohl diesen Zwängen ausgesetzt fühlen kann. Die Aufhebung läuft deshalb auf das Argument hinaus, dass die Straftat praktisch nicht mehr vorkommt, und das ist jedenfalls dort kein Argument für die Aufhebung, wo eine Strafbestimmung gerade auf eine besondere Situation der Täterin Rücksicht nimmt wie in Art. 116, denn andernfalls kommen nur noch Art. 111 oder 113 in Betracht.
- Es trifft nicht zu (S. 14), dass es störend ist, Art. 116 auch dann anzuwenden, wenn die Mutter die Tat bereits vor der Geburt geplant hat. Denn der Gesetzgeber geht zu Recht davon aus, dass der mildere Strafrahmen in Art. 116 in einer physiologischen Ausnahmesituation der Gebärenden begründet ist, und in diese Situation gerät sie unabhängig von einem bereits vor der Geburt gefassten Tatentschluss und ohne ihren Willen. Solchen Fällen kann problemlos im Rahmen der ordentlichen Strafzumessung Rechnung getragen werden, so dass die Strafe höher ausfällt als bei der Täterin, die sich erst im Verlauf der Geburt zu der Tat entschlossen hat.

Art. 117

Die Erhöhung der Obergrenze auf fünf Jahre ist, wie der EB richtig vermerkt (S. 14), der „Raserproblematik“ geschuldet. M.E. ist sie nicht nötig, weil damit die in diesem Bereich eingetretene Verwässerung des Begriffs des Eventualvorsatzes nicht wird gestoppt werden können. Es ist zudem ein prinzipieller Fehlgriff, aufgrund einer bestimmten Täterkategorie („Raser“) den Strafrahmen eines Deliktes zu erhöhen, denn damit werden auch alle andern und viel häufigeren (als die Raser) Fälle von fahrlässi-

gen Tötungen erfasst. Dadurch erfolgt eine Neujustierung des Unrechts der fahrlässigen Tötung, ohne dass diese auf ihre Vereinbarkeit mit dem „Normalfall“ hin überprüft wird.

Hingewiesen sei zudem darauf, dass die fahrlässige Tötung mit diesem oberen Strafrahmen der vorsätzlichen Verleitung und Beihilfe zum Selbstmord (Art. 115), dem strafbaren Schwangerschaftsabbruch mit Einwilligung (Art. 118 Abs. 1), der Aussetzung (Art. 127), der vorsätzlichen Lebensgefährdung (Art. 129) oder dem Angriff (Art. 134) gleichgestellt wird. Das negiert die grundlegende Unterscheidung, die unser Strafrecht zwischen Fahrlässigkeit und Vorsatz vornimmt, auch wenn es in den genannten Vorsatzdelikten um nicht ganz gleichwertige Rechtsgüter wie das Leben oder nicht um gleich intensive Tangierungen (Gefährdung) geht.

Dazu kommt, dass in einem Fall mit mehr als einem Toten sich die Obergrenze auf 7.5 Jahre Freiheitsstrafe erhöht, obwohl sie in solchen Fällen bereits nach geltendem Recht 4.5 Jahre beträgt (Art. 49; beim in dem EB genannten Fall BGE 130 IV 58 war die Obergrenze noch 3 Jahre Gefängnis, was auch bei echter Konkurrenz nicht angehoben werden konnte, weil nach altem Recht in keinem Fall das gesetzlich vorgesehene Höchstmass der konkreten Strafart überschritten werden durfte [aArt. 68], und dieses betrug bei Gefängnis 3 Jahre [aArt. 36]).

Art. 122

Die untere Grenze von zwei Jahren ist ein Missgriff: Sie soll verhindern, dass diese Tat mit einer bedingten oder teilbedingten Freiheitsstrafe belegt werden kann. Was Letzteres betrifft, hängt die Neuerung insofern in der Luft, als derzeit offen ist, ob die Obergrenze des teilbedingten Strafvollzuges auf zwei Jahre abgesenkt wird. Es gibt weitere Gründe, diese Änderung abzulehnen:

- Die Mindeststrafe für Totschlag Art. 113 beträgt ein Jahr. Eine Mindeststrafe von zwei Jahren für schwere Körperverletzung steht dazu in einem Missverhältnis.
- Von den allergravierendsten Delikten wie vorsätzliche Tötung oder Mord abgesehen ist es generell unklug, den bedingten Strafvollzug a priori, d.h. über eine hinreichend hohe Strafuntergrenze, auszuschliessen. Zu verschiedenen sind die Umstände in der Praxis, unter denen eine solche Tat begangen werden kann, so dass das sich Gericht infolge dieser fehlenden Flexibilität an der Zumessung einer gerechten (was auch die Frage einschliesst, ob bedingt oder nicht) Strafe gehindert sehen kann.
- Für die schwere Körperverletzung ist dieser *zwingende* Ausschluss des bedingten Strafvollzuges speziell fragwürdig, weil die Abgrenzung der schweren zur einfachen Körperverletzung alles andere als klar ist. Man sollte aber nicht an unklare rechtliche Voraussetzungen eine starre rechtliche Folge knüpfen, wie die Grenze zwischen bedingtem und unbedingtem Strafvollzug sie darstellt.
- Vertretbar wäre die Anhebung der Untergrenze auf ein Jahr Freiheitsstrafe, ohne Möglichkeit der Geldstrafe.

Art. 123 Ziff. 1 Abs. 2

Streichung vertretbar.

Art. 125 Abs. 2

Von der Erhöhung des Strafrahmens auf fünf Jahre ist noch dringlicher abzuraten als bei Art. 117. Selbst wenn man dort auf fünf Jahre erhöht, sollte hier die Strafobergrenze bei drei Jahren bleiben, denn sie ist Ausdruck der unterschiedlichen Schwere von Tötung und Körperverletzung. Eine fünfjährige Höchststrafe für fahrlässige Körperverletzung ist schlicht unangemessen.

Der Hinweis des EB, dass die Schwere des Erfolges oft nur vom Zufall abhängig sei (S. 15), ist ein altes Argument, das indessen durch seine Wiederholung nicht richtiger wird, weil es zu viel beweist. Konsequenter müsste es dazu führen, auch die folgenlose Fahrlässigkeit unter Strafe zu stellen, ein Zustand, von dem die Regelungen des StGB zu Recht weit entfernt sind (wenngleich in bestimmten Lebensbereichen, etwa im Straßenverkehr, die folgenlose Fahrlässigkeit in Gestalt von abstrakten Gefährdungsdelikten selbstverständlich unter Strafe steht). Wenn das Gesetz aber danach unterscheidet, welche Folgen fahrlässiges Verhalten zeitigt, ist es nur konsequent, auch bei der fahrlässigen Körperverletzung eine geringere Strafobergrenze vorzusehen als bei der fahrlässigen Tötung.

Grundlegend falsch ist der Hinweis im EB (a.a.O.), die Pflege eines schwer verletzten Opfers könne für die Angehörigen ebenso belastend sein wie der Verlust eines Familienmitgliedes: Die Schwere einer Straftat bemisst sich nach StGB (zu Recht) nach dem Verschulden des Täters. Dieses korreliert nicht oder jedenfalls nicht zwingend mit den Belastungen, die sich für Angehörige aus der Tat ergeben.

Art. 128^{bis}

Reduzierung der Obergrenze auf ein Jahr ist angesichts des Unrechtsgehaltes richtig.

Art. 129

Gegen die Einführung einer Mindeststrafe sprechen die bei Art. 122 erwähnten Gründe. Spezifisch fragwürdig ist sie bei Art. 129 jedoch deshalb, weil diese Bestimmung in einem argen Spannungsverhältnis zum Bestimmtheitsgrundsatz von Art. 1 steht. Zudem hat die Einführung der sechsmonatigen Mindeststrafe gesetzestechnisch zur Folge, dass hier die Geldstrafe neu ausgeschlossen sein soll (recte wäre sie noch bei exakt 180 Tagessätzen möglich), was nicht einsichtig ist, weil in leichten Fällen eine Geldstrafe völlig genügt; auch dies spricht gegen die Mindeststrafe.

Art. 133

Der EB erwähnt, dass die Höchststrafe von drei Jahren beim Raufhandel, die um zwei Jahre unter derjenigen des Angriffs (Art. 134) liegt, in der Lehre auf Kritik gestossen sei (S. 16), und zieht daraus den Schluss, dass man bei Art. 133 von drei auf fünf Jahre gehen sollte. Die Kritik wird damit falsch verstanden: Sie bezog sich auf die fünf Jahre beim Angriff, nicht auf die drei Jahre beim Raufhandel: Nicht die dreijährige Obergrenze bei Art. 133 sei zu tief, sondern die fünfjährige bei Art. 134 zu hoch (die Stelle in Stratenwerth/Jenny findet sich denn auch nicht unter dem Raufhandel, sondern beim Angriff).

In der Sache gibt es keinen Grund für diese Anhebung, im Gegenteil: Die unterschiedliche Obergrenze macht die unterschiedliche Unrechtsschwere zwischen Raufhandel und Angriff deutlich: Bei jenem gehen die Beteiligten gegenseitig aufeinander los, bei diesem ist die Auseinandersetzung einseitig, das Opfer wehrt sich nicht, was schwerer wiegt. Die Höchststrafe sollte bei drei Jahren belassen werden.

Art. 139

Ziff. 2: Auch hier ist nicht einsichtig und wird auch nicht begründet, weshalb es richtig sein könnte, durch die Anhebung der Untergrenze auf sechs Monate Freiheitsstrafe das Aussprechen einer Geldstrafe zu verunmöglichen. Ich sehe keine Argumente in der Sache, die es a priori als ausgeschlossen erscheinen lassen, dass im Einzelfall nicht auch eine Geldstrafe am Platz sein *könnte*. Erneut zeigt sich, dass die vorliegende Revision erst *nach* derjenigen des AT durchgeführt werden sollte. – Die derzeitige Untergrenze von 90 Tagessätzen geht zwar auf eine parlamentarische Entscheidung im Gefolge der Revision der Gewaltdelikte zurück, sie wurde aber mit der grossen Revision der Vermögensdelikte 1994 vom Parlament unverändert übernommen.

Ziff. 3: Hier ist vertretbar, eine Geldstrafe auszuschliessen, dafür bedarf es aber nicht der Erhöhung auf ein Jahr, sondern die Untergrenze kann belassen werden (sechs Monate).

Art. 140

Ziff. 1: Die Untergrenze von einem Jahr Freiheitsstrafe übergeht Unsicherheiten in der Auslegung des Tatbestandes, wie sich an BGE 133 IV 207 schön zeigen lässt: Die erste Instanz erkannte auf Raub, das OGer verurteilte wegen Entreissdiebstahls, das BGer wiederum schloss auf (Handtaschen-)Raub; die Abgrenzung zwischen den beiden Taten ist subtil. Die Qualifikation des BGer ist zwar richtig, aber der Fall zeigt doch, dass eine zwingende Untergrenze von 1 Jahr massiv überzogen ist. Die Untergrenze sollte bei sechs Monaten belassen werden.

Der EB will Ziff. 2 des geltenden Art. 140 streichen mit dem Argument, das Mitführen einer Schusswaffe sei „hinsichtlich Unrecht im Grundtatbestand enthalten“. Der genannte BGE zeigt, dass das nicht stimmt, dort war keine Schusswaffe im Spiel. *Wenn* eine im Spiel ist, dann ist die Untergrenze von einem Jahr richtig (sogar dann, wenn der Räuber sie nur mitführt und nicht einsetzt wie nach geltendem Recht); unrichtig ist es hingegen, punkto Untergrenze bei jedem Raub zu fingieren, *es sei* eine Schusswaffe im Spiel, was man mit

der Anhebung der Untergrenze auf 1 Jahr tut. Auch deshalb sollte es bei 6 Monaten bleiben.

Ziff. 2: Nicht aufheben, wenn Ziff. 1 bei 6 Monaten belassen wird.

Ziff. 3: Untergrenze bei 2 Jahren belassen (nicht: mehr als 2 Jahre).

Ziff. 4: Zustimmung. Der „Sprung“ auf 5 Jahre, den das geltende Recht vorsieht, ist kaum zu erklären.

Art. 158

Ziff. 1 Abs. 3: Zustimmung

Auf gar keinen Fall den Tatbestand in Richtung fahrlässige Tatverübung ausweiten. Das würde erstens weit über den Rahmen einer Strafraahmenharmonisierung hinausgehen und zweitens einen Systembruch darstellen, weil im eigentlichen Vermögensstrafrecht nur die vorsätzliche Tatbegehung strafbar ist (bezieht sich nicht auf den VE, sondern auf allfällige Vernehmlassungen zu Art. 158).

Art. 171 Abs. 2 und 171^{bis}

Dass es hier in der Sache um Wiedergutmachung geht, ist zwar richtig. Doch ist die Gleichstellung mit Art. 53 ein formales Argument, das richtig sein kann, aber nicht muss. Bevor man diese Bestimmungen streicht, wäre eine Diskussion in der Sache nötig, ob es sinnvoll ist, hier andere Voraussetzungen an die Wiedergutmachung zu stellen als im Allgemeinen.

Art. 177 und 178

Die Beschimpfung zu einer Übertretung zu machen ist in der Tat diskutabel, aber die Begründung dafür ist allzu mager ausgefallen. Wiederum liegt eine Änderung in der Sache vor, die weit über eine Strafraahmenharmonisierung hinausgeht. Denn wenn Art. 177 zu einer Übertretung wird, dann gilt dafür die Verjährungsbestimmung von Art. 109, die für Übertretungen eine Frist von 2 Jahren vorsieht. Gleichzeitig soll aber die besondere Verjährungsbestimmung von Art. 178 gestrichen werden. Dafür fehlt (erstens) jede Begründung, zumal es eine seit Bestehen des StGB geübte Tradition darstellt, dass Vergehen gegen die Ehre kürzeren Verjährungen unterliegen als die anderen Delikte, was mit dem Umstand erklärt wird, dass die Friedensstörungen i.d.R. rasch abklingen und keine bleibenden Folgen hinterlassen (BSK-RIKLIN, 2. Aufl., N 2 zu Art. 178). War diese Begründung schon immer falsch, oder trifft sie zumindest heutzutage nicht mehr zu? Darauf vermisst man Antworten im EB. Zweitens müsste man sich Rechenschaft über die Folgen ablegen, wenn nunmehr die Ehrverletzungsdelikte nicht mehr einer einheitlichen (kürzeren) Verjährung unterliegen, sondern die üble Nachrede und die Verleumdung ordentlich nach 7 Jahren verjähren, die Beschimpfung hingegen nach 2 Jahren.

Wie gesagt: Über all dies lässt sich diskutieren. Die Art und Weise, wie der VE diese Änderungen handstreichartig implementiert, ist indessen abzulehnen. Deshalb: Art. 177 und 178 VE streichen, Regelung belassen, wie sie ist.

Art. 184

Die grausame Behandlung ist in der Tat bei verschiedenen Tatbeständen mit unterschiedlicher Mindeststrafe bedroht (1, 3 oder 5 Jahre). Es fehlt dem Vorschlag, hier eine einheitliche Strafdrohung von 3 Jahren zu schaffen, an Plausibilität. Dass diese den „Mittelwert“ darstellt (EB S. 17), trifft zwar zu, sagt aber nichts darüber aus, welches die zutreffende Minimalstrafdrohung wäre. Und erneut ist alles andere als ausgemacht, dass bei allen Taten, welche die grausame Behandlung als Qualifikation kennen, die gleiche Mindeststrafdrohung am Platz ist. Diesbezüglich lässt der EB jede Auseinandersetzung mit den Sachfragen vermissen. Deshalb: Nicht ändern.

Art. 187 und 188

Im Zusammenhang mit sexuellen Handlungen mit Kindern oder mit Abhängigen keine Geldstrafen mehr auszusprechen, kann man mit Blick auf (positiv) generalpräventive Gründe tun. Man muss sich nur darüber klar sein, dass dies unter dem Gesichtspunkt der Abschreckung potentieller Täter nichts nützen wird, sondern der symbolischen Versicherung der Rechtsgemeinschaft dient, dass diese Taten als solche betrachtet werden, auf die mit Geldstrafe zu reagieren unangemessen erscheint.

Aufhebung der Strafbefreiung in Art. 188 Abs. 2 (und 192 Abs. 2, 193 Abs. 2) diskutabel, aber wiederum über den eigentlichen Gegenstand der Vorlage hinausgehend.

Art. 197

Der Pornographietatbestand erfährt eine eigentliche inhaltliche Revision, die von zahlreichen Missgriffen gekennzeichnet ist. Sie ist bereits deshalb abzulehnen. Das gilt um so mehr, als der EB selber darlegt (S. 28), dass mit der Umsetzung der Europaratskonvention zum Schutze von Kindern vor sexueller Ausbeutung und sexuellem Missbrauch eine Revision von Art. 197 ansteht. Es gibt keinen Grund, *im Zuge einer Harmonisierungsvorlage* Art. 197 inhaltlich massiv zu ändern, wenn eine inhaltliche Änderung ohnehin absehbar ist. Die Änderung von Art. 197 ist deshalb zurückzustellen. Die nachfolgenden Bemerkungen stehen unter diesem Vorbehalt:

Ziff. 3: Hier böte sich die Gelegenheit, die sexuellen Handlungen mit Tieren und menschlichen Ausscheidungen aus dem Kreis der harten Pornographie herauszunehmen; das rechtfertigte sich durch die Überlegung, dass es wenig einleuchtet, die Darstellung eines Geschehens als eine *qualifizierte* Form der Pornographie zu qualifizieren, wenn dieses Geschehen selber nicht einmal strafbar ist (bei Tieren unter dem Vorbehalt der Tierquälerei). Will man dies nicht, so wäre für die beiden genannten Formen zumindest an eine Obergrenze von einem Jahr zu denken.

Die Erhöhung des Strafrahmens auf 5 Jahre bei Kinderpornographie mit tatsächlichen sexuellen Handlungen macht diese zu einem Verbrechen i.S.v. Art. 10 Abs. 2. Das ist für eine Tat, die ganz überwiegend als abstraktes Gefährdungsdelikt charakterisiert wird, eine sehr hohe Strafdrohung. Eine Begründung dafür findet man im EB nicht. Hier dürfte das Gewicht allzu stark auf den Schutz der Darsteller(-innen) gelegt worden sein, der indes-

sen das Anliegen der Bestimmungen über sexuelle Handlungen mit Kindern, sexuelle Nötigung, Vergewaltigung usw. ist.

Gesetzestechisch ist Ziff. 3 überdies missglückt. Ausgedeutet lautet die Bestimmung für Ziff. 3 lit. b folgendermassen: „Wer ... Vorführungen im Sinne von Ziffer 1, die nicht tatsächliche sexuelle Handlungen mit Kindern zum Inhalt haben, herstellt, ...“, wird, sofern die ... Vorführungen tatsächliche sexuelle Handlungen mit Kindern zum Inhalt haben, mit ... bestraft.“ Entweder haben die Vorführungen tatsächliche sexuelle Handlungen mit Kindern zum Inhalt, oder sie haben es nicht.

Ziff. 3^{bis}: Hier hat der VE das Augenmass verloren: Den blossen Konsum von harter Pornographie in Gestalt von sexuellen Handlungen mit Tieren mit einer einjährigen Freiheitsstrafe zu belegen, ist nicht begründbar, und auch nicht die dreijährige Höchststrafe für den Konsum kinderpornographischer Inhalte; von ihr wird auch der Jugendliche getroffen, der auf dem Handy eines Kollegen sich einen entsprechenden Film(-ausschnitt) anschaut.

Ziff. 4: Bei Handeln in Bereicherungsabsicht sieht Ziff. 4 lit. b vor, dass die Höchststrafe auf 5 Jahre steigt, wenn es sich um tatsächliche Kinderpornographie handelt. Damit ist die gleiche Höchststrafe angedroht wie in Ziff. 3, obwohl Handeln aus Bereicherungsabsicht (Ziff. 4) wohl als eine gravierendere Form der Tatbegehung gewertet werden müsste. Wenn man bei Handeln in Bereicherungsabsicht 5 Jahre angemessen findet, müsste dies Rückwirkungen auf die Strafdrohung in Ziff. 3 bez. „echter“ Kinderpornographie haben.

Art. 213

Die Streichung ist zu begrüssen. Bei der Darstellung in der Botschaft ist darauf zu achten, dass ganz präzise umschrieben wird, was Inzest im strafrechtlichen Sinne bedeutet (das Laienverständnis assoziiert damit den Missbrauch der Tochter durch den Vater, worum es gerade nicht geht). Es könnte sich empfehlen, dafür zwei, drei kleine Beispiele zu machen, damit klar wird, dass es nur um den Erwachseneninzest ohne Machtgefälle zwischen den Beteiligten geht.

Art. 219 Abs. 2

Streichen statt neue Strafdrohung: Bereits die Vorsatzvariante stellt einen argen gesetzgeberischen Missgriff dar, der sich in der Fahrlässigkeitsvariante noch akzentuiert. Aber Absenken der Höchststrafe jedenfalls zu begrüssen.

Art. 240

Hier erscheint die Strafdrohung von 10 Jahren als massiv zu hoch. Es handelt sich in der Sache um eine Vorbereitungshandlung zu Art. 242 Inumlaufsetzen falschen Geldes, der ebenfalls 10 Jahre androht. Das Argument, der Geldfälscher weise eine höhere kriminelle Energie auf als der „Inumlaufsetzer“ falschen Geldes (EB S. 36), zieht nicht: Für die Strafdrohung ist entscheidend, wie intensiv das auf dem Spiel stehende Rechtsgut gefährdet oder verletzt wird, und diese Gefährdung ist bei Art. 240 nun einmal geringer als bei Art.

242. Die „kriminelle Energie“ ist ein Argument *im Rahmen der Strafzumessung* und dort anzusiedeln, nicht bei der Schwerebestimmung der Tat.

Art. 242

Auch hier muss die Obergrenze von 10 Jahren überdacht und vertieft abgeklärt werden, ob eine tiefere Strafdrohung nicht als genügend erscheinen könnte.

Die „Schwarzpeterklausel“ in Abs. 2 sollte beibehalten werden, weil es einen Unterschied macht, ob der Täter von Anbeginn an das Falschgeld in Umlauf bringen will, oder ob er von einem Dritten über die Echtheit getäuscht worden ist und dann im Sinne einer Verlustvermeidung dieses Geld als echt weiter verwendet. Angemessen dürfte für diesen Fall eine Freiheitsstrafe bis zu 3 Jahren oder eine Geldstrafe sein.

Art. 246

Marginalie fehlt.

Art. 259

Zustimmung zur Vereinigung der beiden Absätze in einem einzigen Absatz. Dieser muss als Abs. 1 bezeichnet werden, der per 1.1.2011 in Kraft tretende Abs. 1^{bis} kann dann zu Abs. 2 werden.

Art. 260^{quater}

Der Senkung der Obergrenze auf 3 Jahre sowie der Streichung der Subsidiaritätsklausel ist sehr zuzustimmen.

Art. 263

Der Streichung ist zuzustimmen. Die Norm widerspricht dem Schuldprinzip, wie überall in der Literatur festgestellt wird.

Art. 292

Für eine Blankettstrafnorm ist eine Strafdrohung von 1 Jahr Freiheitsstrafe zu massiv; sie ist mit dem Hinweis im EB auf die „Haltung, die der Täter zeigt, der sich nicht an eine ihm eröffnete Verfügung hält, und der Folgen dieser Weigerung“ (S. 42), auch nicht zureichend begründet. Wenn man aus dieser Übertretung überhaupt ein Vergehen machen will, so höchstens eines mit Geldstrafe bis zu 180 Tagessätzen. Freiheitsstrafe sollte auf eine Blankettstrafdrohung nicht folgen.

Art. 303

Die neue Obergrenze von 5 Jahren Freiheitsstrafe ist grundsätzlich zu begrüßen. Ein kleines Fragezeichen betrifft den Fall, dass die falsche Anschuldigung dazu geführt hat, dass ein Unschuldiger mehrere Jahre Freiheitsstrafe verbüsst hat. Das lässt sich zwar als Freiheitsberaubung in mittelbarer Täterschaft erfassen, was aber voraussetzt, dass das BGE auch in Bezug auf die Freiheitsberaubung seine zum (Prozess-)Betrug entwickelte Praxis weiter führt, dass der Richter als Tatmittler anerkannt wird (vgl. BGE 122 IV 199). Wenn man daran zweifelt, könnte man eine Qualifikation in Art. 303 betr. den schweren Fall aufnehmen und verdeutlichen, dass ein solcher namentlich dann vorliegt, wenn die falsche Anschuldigung zu einem unberechtigten Freiheitsentzug geführt hat (worunter dann auch die U-Haft fallen würde).

Art. 304

Hier sollte Ziff. 2 (besonders leichter Fall) belassen werden, weil er in enger Verwandtschaft zur Strafflosigkeit der Selbstbegünstigung steht und Strafflosigkeit auch für die Irreführung der Rechtspflege in solchen besonders leichten Fällen vertretbar erscheint.

Art. 306

Rein gesetzestechnische Bemerkung: Wenn der geltende Abs. 2 aufgehoben wird, sehe ich nicht, weshalb der zu begrüssende und als Abs. 3 neu vorgeschlagene Absatz nicht zu Abs. 2 werden kann. Dasselbe gilt für Art. 307.

Art. 318

Es stellt einen Missgriff dar, das falsche ärztliche Zeugnis generell zu einem Verbrechen zu machen; es sollte im Grundtatbestand ein Vergehen bleiben, d.h. mit Freiheitsstrafe bis 3 Jahre oder Geldstrafe bedroht sein; der Arzt befindet sich ja doch i.d.R. in einem Loyalitätskonflikt. Eine Erhöhung auf 5 Jahre, d.h. die Einstufung als Verbrechen, wäre allenfalls dort vertretbar, wo sich der Arzt dafür einen (Vermögens-)Vorteil versprechen lässt etc. (der Begriff „besondere“ Belohnung sollte allerdings vermieden werden, jede Belohnung muss genügen).

Art. 319

Auch hier sollte die Strafe im Grundtatbestand bei 3 Jahren bleiben, daneben wiederum die Frage, ob ein qualifizierter Tatbestand nach der Struktur geschaffen werden sollte, wie sie eben bei Art. 318 beschrieben worden ist. Dieser wiese eine 5-jährige Höchststrafe auf, sofern sich der Täter eine Belohnung bzw. einen (Vermögens-)Vorteil hat versprechen lassen, und dann wäre auch die Gleichstellung im Strafraumen mit Art. 322^{quater} gerechtfertigt.

Art. 320 und 321

Hier fehlt jede Begründung dafür, dass „für das Verhalten, das durch diesen Artikel erfasst wird, (...) im konkreten Fall eine Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren angemessen sein“ kann (EB S. 46 f.). Von einer allgemeinen Erhöhung auf 5 Jahre ist im Gegenteil nachdrücklich abzuraten. Denn dadurch werden die Verletzung des Amtsgeheimnisses und des Berufsgeheimnisses zu Verbrechen i.S.v. Art. 10 Abs. 2, und damit wird die versuchte Anstiftung strafbar (Art. 24 Abs. 2). Das hätte zur Folge, dass die einfache Anfrage bei einem Träger eines Amts- oder Berufsgeheimnisses um eine bestimmte Auskunft, welche dieser in der Folge unter Hinweis auf das Geheimnis verweigert, zu einer strafbaren Handlung würde. Das dürfte über das notwendige Mass an strafrechtlichem Geheimnisschutz hinaus gehen. Man sollte auch hier, wenn man den Geheimnisschutz verstärken will, den Grundtatbestand bei 3 Jahren oder Geldstrafe belassen und eine Erhöhung auf 5 Jahre allenfalls für den qualifizierten Fall ins Auge fassen, dass der Täter sich einen (Vermögens-)Vorteil hat versprechen lassen.

Art. 321^{ter}

Auch hier gleiche Struktur, wie oben für Art. 318-321 vorgeschlagen.

Freundliche Grüsse



Prof. Dr. iur. Felix Bommer
Professor für Strafrecht, Strafprozessrecht und
Internationales Strafrecht

1126 le 11.9.2010.

à nos honorables

conseillers et conseillères
Désolés,

BUNDESKANZLEI
19. SEP. 2010
Izg / roe

Yvonne Heiser
Hänne du Lillo

Bundesamt für Justiz
BJ-0000000634347



Mesdemoiselles et Messieurs,

Fortement scandalisée par la lecture dans le La Liberté de vendredi 10. 9. concernant l'article 213 du code pénal,

Il est inconcevable qu'une idéologie si dégradante vous vienne à l'esprit.

Avez-vous réfléchi aux conséquences multiples que nous devons engendrer. Pour en venir à de telles suggestions, il faut avoir perdu toute dignité.

Honte à nos Dames conseillères qui devraient être encore plus sensibles à ce genre d'extrémisme de pareilles absurdités. Où allons-nous ?

Qu'elles advenira pour nos enfants ?

Vraiment je suis outrée, c'est un coup de massue dont je n'aurais eue à être confrontée à 25 ans.

Après une vie de labeur de lutte mais amère sur l'absence des liens et le respect de

chacun. Pourtant nous sommes formés en jurés et nous agit dignement comme des humains qui ont mis toute leur confiance en celui qui n'est que l'homme et pourtant il se peut le faire.

Mesdemoiselles et Messieurs les conseillers fédéraux, merci de m'écrire ce...

Actualité

Click!



Taxe divertissement: Lausanne a-t-elle raison de faire exception?



Tournez les pages de nos deux éditions sur le site!



Découvrez votre nouveau Matin Dimanche

Ventes privées



Grand concours



Gagnez une mini cooper Phil Collins



Abonnez-vous 3 mois et recevez votre cadeau!



Le dessin du jour de notre caricaturiste

Météo



POLEMIQUE

L'inceste pourrait ne plus être puni

Le Conseil fédéral veut permettre l'inceste entre personnes adultes consentantes, tolérant ainsi les relations sexuelles entre père et fille, mère et fils ainsi qu'entre frère et sœur.

Laure-Anne Pessina - 1e 09 septembre 2010, 22h26
Le Matin

202 commentaires

Le Conseil fédéral jette un sacré pavé dans la marre. Dans un avant-projet, envoyé en consultation, il propose la suppression pure et simple de l'article 213 du Code pénal. Conséquence: l'acte sexuel entre parent et enfant ou entre frère et sœur germains, consanguins ou utérins, ne serait plus punissable, pour autant qu'il s'agisse d'adultes consentants. Exit la peine privative de liberté de 3 ans au plus ou l'amende. Une proposition surprenante, qui provoquera de vives réactions un peu partout. A l'exemple de Marcel Cotting, psychologue: «Ce genre de relation met en péril le fonctionnement psychique des individus. Cela provoque des troubles de l'identité. Une personne équilibrée pourra fantasmer sur son père ou sa mère, mais n'ira pas plus loin», résume-t-il. «L'interdit doit être clairement défini.»

Et ce n'est pas le vicaire général du diocèse de Lausanne-Genève-Fribourg, Nicolas Betticher, qui ira le contredire. «L'Etat ne peut pas démissionner de sa responsabilité de protéger la dignité humaine et celle des relations interpersonnelles. Et cela passe par l'interdiction des relations consanguines, qui sont contre-nature.» Il n'arrive pas non plus à croire qu'il puisse y avoir un réel consentement dans des situations d'inceste. «Jusqu'à quel point une fille est-elle dépendante de son père?» s'interroge-t-il.

On l'a compris, cette question complexe pose des problèmes de morale et de stabilité psychique. Mais aussi de santé! Jacques Beckmann, chef du service de génétique médicale du CHUV, explique qu'un enfant né d'une union entre des frères et sœurs porteurs chacun d'une même mutation dans un gène (en raison d'un ancêtre commun) aura un risque sur deux de recevoir cette mutation de chaque parent, et donc un risque accru de développer une maladie génétique récessive, comme la mucoviscidose par exemple. «Il y a un risque pour la santé de la personne, et cela engendrerait des coûts pour la société.» Intolérable.

La sphère personnelle

Comment une telle idée a-t-elle pu germer dans les esprits à Berne? «Le Conseil fédéral estime qu'il faut mener une discussion sur la répression pénale, argumente Bernardo Stadelmann, de l'Office fédéral de la justice. Est-ce le rôle de l'Etat de punir deux adultes consentants? Cela relève du domaine personnel.» Il insiste sur un point: «Lorsqu'il y a contrainte ou qu'il s'agit d'enfant, d'autres articles sont appliqués.» On respire!

Ce n'est pas la première fois que L'interdiction est combattue

Le Conseil fédéral a envisagé à maintes reprises de supprimer du Code pénal les dispositions sur l'inceste. D'abord en 1981, où il se heurte à la sensibilité des cantons, puis dans les années 1990, où cette proposition suscite de nouveau un tollé. En 2009, une nouvelle disposition du Code civil autorise le mariage entre oncle et nièce, tante et neveu. Un premier pas. Le Conseil fédéral revient

à la charge aujourd'hui. Statistiquement, l'article 213 du Code pénal a entraîné 10 condamnations entre 1987 et 2008. Et la Suisse n'est pas particulièrement conservatrice. Une étude réalisée en 2007 sur 20 pays révèle que 9 d'entre eux permettent l'inceste entre adultes consentants: entre autres la Chine, la France, les Pays-Bas, la Russie, l'Espagne et la Turquie.

LE DEBAT DU MATIN

Autoriser l'inceste entre adultes, ça vous choque?

Réagissez à cet article en faisant un commentaire ci-dessous

Click!

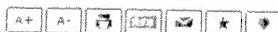


Image © Pierre Le Tulza

Nicolas Betticher, vicaire général du diocèse de Lausanne-Genève-Fribourg



Partager

Flash info

16-12 Grande rocade au Conseil fédéral: 4 départements changent de mains

15-58 La navigatrice Florence Arthaud a passé une nuit en chambre de dégrèvement

15-57 Lausanne: l'incendie de la Maison de paille était accidentel

15-47 Le boss multi-millionnaire de Segway meurt sur l'un de ses scooters

15-46 Suisse: refonte du gouvernement après les élections

15-44 Iran/attentat lors d'un défilé militaire: 30 "terroristes" tués (militaire)

15-44 A Vevey, Charlot revit sur la plus grande fresque de Suisse

15-40 Le président kosovar Fatmir Sejdiu annonce sa démission

15-23 Haïti: nombreuses incertitudes à l'ouverture de la campagne électorale

15-22 Les industries iraniennes attaquées par virus informatique

Tous les flashs info

Supplément partenaires



ENERGIE



INFOPOP

Le Matin Dimanche
Nouveau Matin Dimanche
Découvrez le nouveau Matin Dimanche et bénéficiez d'une offre exceptionnelle sur les jetons.

J. de Quattro a-t-elle raison de vouloir adopter le bracelet électronique pour protéger les femmes de leur ex-conjoint violent?
Oui ces femmes ont besoin d'être protégées
Non c'est un contrôle abusif de la vie privée

Konferenz der Schweizer Staatsanwältinnen und Staatsanwälte
Conférence suisse des procureurs
Conferenza svizzera dei procuratori pubblici

CSP / Staatsanwaltschaft, 9043 Trogen

An das
Bundesamt für Justiz
Direktionsbereich Strafrecht
Bundesrain 20
3003 Bern

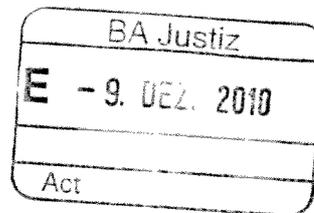
Bundesamt für Justiz



BJ-00000000617588

Der Präsident:
Christian Bötschi
Staatsanwalt
Rathaus
9043 Trogen
Tel. 071 343 63 63
Fax 071 343 63 59
christian.boetschi@ar.ch

7. Dezember 2010



Bundesgesetz über die Harmonisierung der Strafrahmen im Strafgesetzbuch, etc.
Vernehmlassungsverfahren

Sehr geehrte Damen und Herren

Ich danke Ihnen namens der Konferenz der Schweizer Staatsanwältinnen und Staatsanwälte für die Gelegenheit, uns in diesem Vernehmlassungsverfahren äussern zu dürfen.

Die Überlegungen, die zu diesem Bundesgesetz geführt haben, sind durchaus nachvollziehbar. In der vertieften Diskussion zeigt es sich allerdings, dass etliche Anpassungen sehr kontrovers diskutiert werden, auch im Rahmen unserer Konferenz. Wir verzichten daher darauf, auf einzelne Bestimmungen einzugehen und beschränken uns auf einige allgemeine Bemerkungen.

Begrüssenswert ist der Versuch, die Strafbestimmungen zu aktualisieren und dabei deren Relevanz in der Strafverfolgung zu berücksichtigen. Es erscheint auch sinnvoll, bei gleichgelagerten Tatbeständen einen gleichen Strafrahmen festzulegen. Dies dient einer besseren Verständlichkeit des Gesetzes.

Allerdings wäre es falsch, bei dieser Harmonisierung die Zeitströmungen und politischen Überlegungen zu sehr zu berücksichtigen. Zudem muss genau geprüft werden, in welchem Umfang das richterliche Ermessen eingeschränkt wird. Das bisherige Sanktionensystem hat dem Gericht einen sehr grossen Ermessensspielraum zugestanden. Es wäre falsch, hier unnötige Einschränkungen vorzunehmen, nur weil in Einzelfällen dieser Spielraum nicht ausgenutzt worden ist. Auch seitens der Strafverfolger bestehen beispielsweise Vorbehalte gegen eine Erhöhung der Mindeststrafen, insbesondere dann, wenn der Strafrahmen nach oben genügend Spielraum für eine korrekte Beurteilung aller Verfahren zulässt. Es ist nicht in erster Linie Aufgabe der Politik, sondern der Rechtsprechung und der Strafverfolgungsbehörden, angemessene Strafen unter Berücksichtigung aller Strafzumessungsgründe zu beantragen und durchzusetzen.



Appenzell Ausserrhoden

Schlussendlich stellt sich auch die Frage, ob der jetzige Zeitpunkt geeignet ist für diese Harmonisierungsbestrebungen. Das Strafrecht und das Strafprozessrecht befinden sich im Umbruch. Ein neues Prozessrecht wird eingeführt, der allgemeine Teil des Strafgesetzbuches bereits wieder revidiert, bevor die 2007 eingeführten Änderungen in ihrer Anwendung genügend beurteilt werden können. Unseres Erachtens macht es Sinn, eine Harmonisierung dann in Angriff zu nehmen, wenn die einschneidenden Anpassungen im materiellen und formellen Strafrecht nicht mehr zu grossen Unsicherheiten und Unklarheiten führen. Erst dann kann nämlich über den tatsächlichen und auch aktuellen Harmonisierungsbedarf diskutiert werden. In diesem Sinne halten wir es durchaus für vertretbar, wenn dieses Gesetzesprojekt nicht vordringlich behandelt wird und beispielsweise nach der angestrebten Revision des AT StGB nochmals überarbeitet wird.

Ich hoffe, Ihnen mit diesen kurzen Ausführungen gedient zu haben, und verbleibe

mit freundliche Grüssen

Für die Konferenz der Schweizer
Staatsanwältinnen und Staatsanwälte:

Der Präsident

Christian Bötschi

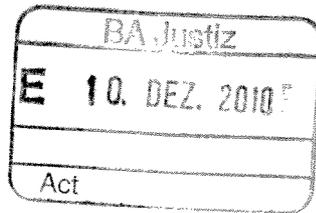


INSTITUT SUISSE DE POLICE
ISTITUTO SVIZZERO DI POLIZIA
SWISS POLICE INSTITUTE
SCHWEIZERISCHES POLIZEI-INSTITUT

Avenue du Vignoble 3
Case postale 146
CH-2009 Neuchâtel
Tél. 032 723 81 00
Fax 032 723 81 19
www.institut-police.ch
isp@ne.ch



Bundesamt für Justiz
Direktionsbereich Strafrecht
Bundesrain 20
3003 Bern



Neuchâtel, 7. Dezember 2010
31.1/MPM

Bundesgesetz über die Harmonisierung der Strafraumen im Strafgesetzbuch, im Militärstrafgesetz und im Nebenstrafrecht: Vernehmlassungsverfahren

Sehr geehrte Damen und Herren

Den erläuternden Bericht und den Vorentwurf zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuchs und des Militärstrafgesetzes haben wir interessiert geprüft und danken Ihnen für die Möglichkeit zur Stellungnahme. Gerne äussern wir uns dazu wie folgt.

Grundsätzlich begrüssen wir die vorgesehene Harmonisierung der Strafraumen.

Wir teilen auch die im Bericht geäusserten Vorbehalte gegenüber der Tendenz, zur Lösung gesellschaftlicher Probleme zunehmend neue Straftatbestände bzw. höhere Strafandrohungen zu fordern. Dennoch sind wir der Ansicht, dass in verschiedenen Bereichen die Strafen eher zu milde ausfallen und deshalb eine generelle Verschärfung der Sanktionen angezeigt wäre. Die bisherigen Erfahrungen mit dem unglücklich revidierten allgemeinen Teil des Strafgesetzbuchs zeigen in eine ähnliche Richtung. Entsprechend wäre unseres Erachtens zwingend auch wieder die Verbindung von Freiheitsstrafe mit Busse einzuführen.

In der Hoffnung, Ihnen mit diesen Überlegungen dienen zu können, danke ich nochmals für die Möglichkeit der Stellungnahme.

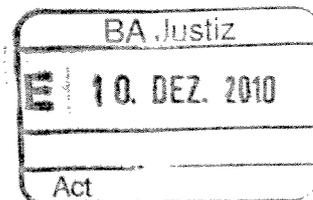
Freundliche Grüsse

Schweizerisches Polizei-Institut

Peter-Martin Meier
Direktor



Bundesamt für Justiz
Direktionsbereich Strafrecht
Bundesrain 20
3003 Bern



Bern, 9. Dezember 2010

**Bundesgesetz über die Harmonisierung der Strafraumen im Strafgesetzbuch,
im Militärstrafgesetz und im Nebenstrafrecht: Vernehmlassung**

Sehr geehrte Frau Bundesrätin,
sehr geehrte Damen und Herren

Wir danken Ihnen für die Gelegenheit, uns zu oben genannter Vorlage zu äussern. Der Städteverband – Interessenvertreter der Städte und urbanen Gemeinden unseres Landes – begrüsst die Vorlage. Sie bringt ein ausgewogenes Mass an Kohärenz der Strafraumen.

Wir haben das Gesetz insbesondere auf dessen Relevanz für die kommunalen Übertretungsstrafbehörden genauer geprüft. Zu folgenden Artikeln möchten wir aufgrund der Erfahrungen aus der Praxis Änderungs- bzw. Ergänzungsvorschläge machen:

Art. 177 StGB (Beschimpfung) und Art. 126 StGB (Tätlichkeiten) – Retorsion

Nachdem beide Delikte neu als Übertretungen strafbar sind, müsste angesichts der nunmehr als gleichwertig betrachteten Rechtsgüter bei Art. 126 StGB eine zu Art. 177 Abs. 3 analoge Retorsionsregelung eingeführt werden. Dies deshalb, weil die Retorsionsregelung bis anhin nur angewandt werden konnte, wenn eine Beschimpfung, nicht aber eine Tätigkeit Ausgangstat war. Zwar lässt eine alte Rechtsprechung des Bundesgerichts (BGE 72 IV 21) bei einer Tätigkeit als Ausgangstat die Retorsion dann zu, wenn jene ein beschimpfendes Moment hat. Im Interesse der gesetzgeberischen Klarheit – und die aktuelle Möglichkeit nutzend – ist Art. 126 StGB mit einer zu Art. 177 Abs. 3 analogen Retorsionsregelung zu ergänzen.

Art. 179^{septies} StGB (Missbrauch einer Fernmeldeanlage)

Die Streichung der beiden subjektiven Elemente Bosheit und Mutwillen ist zu begrüßen, wie auch die vorgenommene Rechtsgütergewichtung, die zur Klassierung des Tatbestandes als Vergehen führt. Damit öffnet sich aber eine Schnittstelle zu Art. 198 StGB (Sexuelle Belästigung), die nach wie vor als Übertretung bestehen bleibt. In der Praxis gar nicht so selten tritt Art. 179^{septies} StGB in Konkurrenz zu Art. 198 StGB. Das ist namentlich dann der Fall, wenn die Täterschaft eine sexuelle Belästigung mit Hilfe der Mobilkommunikation (SMS, MMS usw.) vornimmt. In diesen Fällen ist in den Kantonen, wo für Vergehen und Übertretungen eine unterschiedliche Zuständigkeit besteht, eine einheitliche Be-



urteilung der an und für sich einheitlichen Tat nicht mehr möglich. Dieser Inkohärenz könnte dadurch begegnet werden, dass der leichte Fall eines Verstosses gegen Art. 179^{septies} StGB als Übertretung definiert wird oder – was in höchstem Masse wünschbar wäre – die Grundnorm der sexuellen Belästigung im Sinne von Art. 198 StGB als Vergehen ausgestaltet wird. Die Ausgestaltung als Vergehen würde zudem einen DNA-Vergleich zulassen. Ein solcher Vergleich wird – weil eben nur Übertretung – unter der Herrschaft der Schweizerischen Strafprozessordnung ab dem 1. Januar 2011 nicht möglich sein (Art. 255 CH-StPO).

Die Städte begrüssen insbesondere die vorgeschlagenen Anpassungen bei den strafbaren Handlungen gegen die öffentliche Gewalt. Wir bitten Sie aber um Berücksichtigung der nachstehenden Anregungen:

Art. 285 Gewalt und Drohung gegen Beamte

Ziff. 2 Abs. 2:

Die Heraufsetzung der Mindeststrafe von bisher 30 TS auf neu 90 TS beim qualifizierten Tatbestand wird als Signal, dass es nicht um eine Kavaliersdelinquenz geht, sehr begrüsst.

Ziff. 1, Grundtatbestand:

Beim Grundtatbestand, das heisst dem mit Abstand häufigsten Sachverhalt von Gewalt und Drohung gegen Beamte, sind keine Änderungen vorgesehen. Die Höchststrafe von drei Jahren Freiheitsstrafe ist ohne Zweifel auch ausreichend. Hingegen ist hier – wie bei verschiedenen anderen Tatbeständen ja auch vorgesehen – die Einführung einer **Mindeststrafe** zu prüfen, da die Erfahrung in einzelnen Kantonen zeigt, dass von den Staatsanwaltschaften und Gerichten häufig nur Bagatelstrafen (in der Regel tiefe Geldstrafen) ausgesprochen werden. Angesichts der tendenziell zunehmenden Problematik der Gewalt gegen Polizeibeamte (und andere Amtspersonen) würde mit einer Mindeststrafe ein **klares Zeichen** gesetzt werden, dass es sich nicht um ein Kavaliersdelikt handelt. Die Gerichte würden damit auch gezwungen, den Strafraum angemessen auszuschöpfen.

Um den verschiedenen möglichen Einzelfallkonstellationen und dem unterschiedlichen denkbaren Verschulden gerecht zu werden, könnte die Mindeststrafe – analog wie bei Ziff. 2 – auf die gravierenden Verhaltensweisen beschränkt werden, das heisst auf den erschwerenden Umstand der **Gewaltanwendung**. Die Tatbestandsvarianten «*wer durch **Gewalt** (...)*» und «*während einer Amtshandlung **tätlich angreift***» sind deshalb mit einer **Mindeststrafe von 90 TS zu versehen (analog Ziff. 2 Abs. 2)**. Es ist nicht ersichtlich, warum der Teilnehmer an einer öffentlichen Zusammenrottung (z.B. anlässlich einer Demonstration oder einem Fussballspiel), der Gewalt an Personen oder Sachen verübt, mit mindestens 90 TS Geldstrafe belegt werden soll, derjenige, der die gleiche Verhaltensweise als Einzeltäter oder in einer kleinen Gruppe ausserhalb einer Zusammenrottung ausführt, aber keiner solchen Mindeststrafe unterliegen soll. Wer beispielsweise an einer 1. Mai-Nachdemo einen Stein auf Polizisten oder auf ein Polizeifahrzeug oder gar «bloss» auf ein parkiertes Auto wirft, wird mit mindestens 90 TS bestraft, wer das gleiche gegenüber Polizisten oder einem Polizeifahrzeug im normalen Polizeidienst tut, unterliegt keiner Mindeststrafe und begeht damit lediglich ein Bagatelldelikt. Dies überzeugt nicht, da der Unrechtsgehalt und die Gefährlichkeit der Handlung sich nicht unterscheiden.



Art. 286 Hinderung einer Amtshandlung

Das Heraufsetzen der Höchststrafe auf sechs Monate Freiheitsstrafe (heute: Geldstrafe bis 30 TS) wird ausdrücklich begrüsst.

Art. 292 Ungehorsam gegen amtliche Verfügungen

Die Qualifikation als Vergehen (heute: Übertretung) mit einem Strafrahmen von einem Jahr Freiheitsstrafe oder Geldstrafe (heute: Busse) wird ebenfalls ausdrücklich begrüsst.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Anliegen.

Freundliche Grüsse

Schweizerischer Städteverband

Präsident

Dr. Marcel Guignard
Stadtmann Aarau

Direktorin

Renate Amstutz

Kopie gilbert.mauron@bj.admin.ch
Dr. Marcel Guignard, Stadtmann Aarau , Präsident SSV
Nino Cozzio, Stadtrat St. Gallen, Präsident KSPD
Konferenz Städtischer Polizeidirektorinnen und Polizeidirektoren, Zürich
Ulrich König, Direktor SGV



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement EVD

Bundesamt für Wohnungswesen BWO
Bereich Recht

Handwritten signature

P.P. CH-2540 Grenchen, Bundesamt für Wohnungswesen

A-Post

BA für Justiz
Direktionsbereich Strafrecht
Bundesrain 20
3003 Bern

Referenz/Aktenzeichen: 2010-12-03/87

Ihr Zeichen:

Unser Zeichen: dst

Sachbearbeiter/in: Daniel Stähli

Grenchen, 8. Dezember 2010

Vernehmlassung BG über die Harmonisierung der Strafrahmen

Stellungnahme

Sehr geehrte Damen und Herren

Wir beziehen uns auf Ihr Schreiben vom 8. September 2010 betreffend Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches, des Militärstrafgesetzes und des Nebenstrafrechts (Harmonisierung der Strafrahmen). Wir danken Ihnen für die Möglichkeit der Stellungnahme zum Vorentwurf und äussern uns wie folgt:

Wir sind grundsätzlich nicht gegen das Hauptanliegen des Vorentwurfs, die Strafbestimmungen des Strafgesetzbuches einer umfassenden Überprüfung zu unterziehen. Insofern erheben wir keine Einwände. Zwei der vorgeschlagenen Änderungen lehnen wir aber ab. Es ist offenbar beabsichtigt, die Artikel 325^{bis} und 326^{bis} StGB zu streichen. Diese Tatbestände schützen die Freiheit des Mieters von Wohn- und Geschäftsräumen, ungehindert und ohne Angst vor Sanktionen von den Rechtsbehelfen, die ihm der Mieterschutz zur Verfügung stellt, Gebrauch zu machen.

Zur Begründung wird angeführt, dass seit Inkrafttreten am 1. Juli 1990 bis ins Jahr 2006 lediglich vier Urteile zu Artikel 325^{bis} StGB ergangen seien. Daraus wird gefolgert, dass die praktische Bedeutung dieses Artikels gering sei. **Diese Annahme wird bestritten.** Artikel 325^{bis} und 326^{bis} StGB haben eine grosse Bedeutung und dürfen nicht aufgehoben werden. Aus einer geringen Anzahl Urteilen kann nicht auf die Relevanz des Artikels geschlossen werden. Diese beiden Artikel erzielen eine wesentliche präventive Wirkung, indem gewisse willkürliche Rechtsanwendungen der Vermieterschaft oder ihrer Vertretung - auf Antrag - bestraft werden können. Es ist in der Tat insbesondere der Präventionscharakter, der die Aufhebung dieser beiden Bestimmungen verbietet. Die Aufhebung hätte namentlich eine negative Signalwirkung, die nicht beabsichtigt sein kann.

Bundesamt für Wohnungswesen BWO

Daniel Stähli

Storchengasse 6, 2540 Grenchen

Tel. +41 32 654 91 63, Fax +41 32 654 91 08

daniel.staehli@bwo.admin.ch

www.bwo.admin.ch

2010-12-03/87

Zudem ist der Mietimmobilienmarkt der grösste Teilmarkt der Schweizer Volkswirtschaft und das Wohnen ein Grundbedürfnis. Es wäre stossend, wenn der Schutz der Mieterinnen und Mieter von Wohn- und Geschäftsräumen abgebaut würde, indem Vermieter, die in rechtsmissbräuchlicher Weise Mieter von der Wahrung ihrer Rechte abhalten, mit keinerlei Sanktionen rechnen müssen.

Aus den erwähnten Gründen sind wir der Meinung, dass die Artikel 325^{bis} und 326^{bis} StGB in der heutigen Fassung beizubehalten sind.

Für Fragen und weitere Auskünfte stehen wir gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse

Bundesamt für Wohnungswesen BWO



Cipriano Alvarez
Bereichsleiter

in dreifacher Ausführung

Kopie an:

Gilbert.Mauron@bj.admin.ch

Bundesamt für Justiz
Direktionsbereich Strafrecht
Bundesrain 20
3003 Bern

Zürich, 9. Dezember 2010 / DBa

Vernehmlassungsantwort der Aids-Hilfe Schweiz zum Vorentwurf des Bundesgesetzes über die Harmonisierung der Strafraumen im Strafgesetzbuch, im Militärstrafgesetz und im Nebenstrafrecht

Sehr geehrte Frau Bundesrätin Sommaruga,
sehr geehrte Damen und Herren

Wir danken Ihnen für die Einladung, zum Vorentwurf des Bundesgesetzes über die Harmonisierung der Strafraumen, Stellung zu nehmen, und nehmen die Gelegenheit zur Stellungnahme innert der Vernehmlassungsfrist bis 10. Dezember 2010 gerne wahr.

Die Aids-Hilfe Schweiz setzt sich als Dachverband der 21 kantonalen und regionalen Aids-Hilfen und 36 Mitgliederorganisationen dafür ein, die Lebenssituation von Menschen mit HIV zu verbessern. Unsere Stellungnahme beschränkt sich auf die vorgesehene Änderung des Artikels 122 des Strafgesetzbuches (StGB, SR 311.0):

Der Vorentwurf des Art. 122 StGB sieht vor, dass künftig die Bestrafung wegen schwerer Körperverletzung einen Freiheitsentzug von mindestens zwei Jahren zur Folge hat. Diese hohe Mindeststrafe ist aus der Sicht der Aids-Hilfe Schweiz für die Fälle der HIV-Übertragung inakzeptabel.

Eine im Auftrag der Aids-Hilfe Schweiz letztes Jahr abgeschlossene Nationalfondsstudie zum strafrechtlichen Umgang bei HIV/Aids in der Schweiz untersuchte die strafrechtlichen Urteile von 1990 bis 2009 und ergab, dass in den Fällen, in welchen die angeschuldigte Person wegen versuchter schwerer Körperverletzung verurteilt wurde, das Strafmass unter zwei Jahren Freiheitsentzug betrug. Zu höheren Strafen kam es nur bei erschwerenden Umständen. Abgesehen davon, dass sich die Aids-Hilfe Schweiz grundsätzlich gegen die Verurteilung von versuchter oder erfolgter HIV-Übertragung einsetzt, ist eine Bestrafung des HIV-positiven Partners von zwei Jahren für den Umstand, dass zwei Menschen eigenverantwortlich auf die Benutzung des Kondoms verzichteten, nicht mit unserer Rechtsordnung des Persönlichkeitsrechts und der Eigenverantwortung vereinbar. Eine Bestrafung der HIV-positiven Person ist nur in seltenen Einzelfällen, in denen beispielsweise eine An-

steckung absichtlich erfolgte oder ein Abhängigkeitsverhältnis oder Gewalt im Spiel war, gerechtfertigt.

Die Aids-Hilfe Schweiz steht mit ihren Forderungen nach Straffreiheit der HIV-Exposition im Einklang mit der UNAIDS sowie anderen internationalen Organisationen, die sich für die Verbesserung der Lebenssituation der Menschen mit HIV einsetzen.

Aus oben genannten Gründen ersuchen wir Sie, sehr geehrte Frau Bundesrätin, das Mindestmass von zwei Jahren Freiheitsstrafe in Art. 122 StGB zu streichen.

Freundliche Grüsse

Aids-Hilfe Schweiz



Daniel Bruttin
Geschäftsführer

Kopie an:

Eidgenössische Kommission für Aids-Fragen, 3003 Bern

Beilagen:

- Positionspapier Strafrecht der Aids-Hilfe Schweiz
- Factsheet zur Nationalfondsstudie

Département fédéral de
Justice et Police
A l'att. de Madame la Conseillère
fédérale
Simonetta Sommaruga
Palais fédéral Ouest
3003 Berne

RR/tm

312

Berne, le 7 décembre 2010

Avant-projet de Loi fédérale sur l'harmonisation des peines dans le code pénal, le code pénal militaire et le droit pénal accessoire

Madame la Conseillère,

Le Département fédéral de Justice et Police a donné à la Fédération Suisse des Avocats (FSA) l'occasion de s'exprimer sur l'avant-projet de Loi fédérale sur l'harmonisation des peines dans le code pénal, le code pénal militaire et le droit pénal accessoire. Nous vous en remercions.

La FSA vous prie de ne donner aucune suite à l'avant-projet de Loi fédérale sur l'harmonisation des peines dans le code pénal, le code pénal militaire et le droit pénal accessoire.

Nous motivons cette prise de position de la manière qui suit :

1. Une nouvelle révision de la partie générale du Code pénal est en cours et notre Fédération s'est exprimée à ce sujet le 22 octobre 2010. Il nous paraît prématuré de redéfinir les sanctions prévues, dans la partie spéciale du code, pour un certain nombre d'infractions, tant que le cadre général, donné par la partie générale et sa révision projetée, n'est pas connu. Avant toute chose, il convient de savoir si et dans quelle mesure le projet de révision de la partie générale aboutira à une modification législative.
2. La nécessité de redéfinir le cadre des sanctions pour certaines infractions ne peut être fondée sur des déclarations générales ou des a priori, qu'ils soient formulés dans la

presse ou dans des interventions parlementaires. Une nouvelle fixation de la sanction pénale prévue pour une infraction doit correspondre à un besoin réel, social ou pratique. Ce besoin sera démontré en général par des études criminologiques, portant entre autres sur le chiffre noir estimé et sur le taux d'élucidation, par des indications précises et pertinentes fournies sur la pratique, notamment par des juges, procureurs, avocats, policiers, assistants sociaux. La réunion de tous ces éléments serait normalement la tâche d'un observatoire de la criminalité.

Le rapport explicatif ne fournit aucune indication précise et concrète qui étayerait l'existence d'un besoin réel de modification. On n'a connaissance d'aucun cas dans lequel, de l'avis notamment du juge, le cadre pénal aurait été insuffisant, dans lequel la nécessité aurait été avérée d'une peine supérieure au maximum légal. Au contraire, le rapport souligne que, d'une manière générale, les peines prononcées, à quelques rares exceptions près, ne se situent que fort peu dans la moitié supérieure de la fourchette (p. 11).

En l'absence de tout élément précis et concret faisant apparaître la nécessité de la redéfinition des sanctions pénales pour telle ou telle infraction, le projet apparaît inutile. On s'en voudrait au surplus de ne pas rappeler que, dès l'origine, le Code pénal suisse a toujours prévu des sanctions définies de manière adéquate pour les diverses infractions, en tenant compte de la nécessité d'une répression ferme mais sans tomber dans les excès qui avaient déconsidéré la justice pénale dans d'autres pays.

3. A quelques exceptions près, l'avant-projet se caractérise par une élévation des sanctions minimum et maximum. Outre qu'aucun motif pertinent n'est invoqué à l'appui de cette réorientation générale, on tient à relever ce qui suit :
 - a) Il n'est pas sans intérêt de rappeler que la meilleure prévention de la criminalité réside dans l'orientation de l'esprit public, qui doit être fondé sur le respect de la personne, l'acceptation de la norme et la solidarité sociale. Ces valeurs sont les vraies garantes de l'ordre public et de la sécurité des citoyens. On regrette parfois de ne pas en retrouver l'expression vigoureuse dans les discours de ceux qui ne prônent que le renforcement de la répression pénale. Cette dernière est certes indispensable et doit être conduite de manière ferme, mais on ne doit pas en surestimer les effets.
 - b) Et les cantons et la Confédération, chacun dans leurs domaines respectifs, peuvent et doivent se doter d'instruments de politique criminelle. Les priorités doivent être

définies, tout comme le cadre visé pour les sanctions. Si, pour telle ou telle infraction, les peines prononcées apparaissent trop faibles, il appartient au responsable de la politique criminelle de donner des instructions pour l'exercice de voies de recours. La modification de la loi n'est pas nécessaire à cet effet.

c) En 1764 déjà, Cesare Beccaria, écrivait dans le Traité des délits et des peines :

« Un des moyens les plus sûrs de réprimer les délits, ce n'est pas la rigueur des châtimens, mais leur caractère infaillible, par conséquent la vigilance des magistrats et, de la part du juge, la sévérité inexorable qui, pour être une vertu efficace, doit aller de pair avec une législation clémente. La certitude d'une punition, même modérée, fera toujours plus d'impression que la crainte d'une peine terrible si à cette crainte se mêle l'espoir de l'impunité ; les moindres maux, s'ils sont inévitables, effraient les hommes, tandis que l'espoir, ce don du ciel qui souvent nous tient lieu de tout, écarte la perspective des pires châtimens, surtout s'il est renforcé par des exemples de l'impunité... ».

Depuis bientôt 250 ans, ce propos n'a jamais été démenti dans la pratique.

Les appels à l'adoption de législations plus sévères font parfois penser aux propos des marchands d'orviétan. Le remède est inefficace et on le sait, mais le chaland est subjugué. Ceux qui, à juste titre, souhaitent relever le niveau de la sécurité publique et, à cet effet, améliorer l'efficacité de la répression pénale, doivent être conscients des moyens à mettre en œuvre : les effectifs de la police doivent être augmentés, les moyens mis à sa disposition, améliorés, la formation de ses agents, approfondie ; la dotation en personnel des ministères publics et des tribunaux de répression doit être augmentée et améliorée, de manière à accélérer le déroulement des actions pénales et donc à garantir la prévention générale par le renforcement de l'effet dissuasif de la sanction. Ces mesures ont un coût, qu'il faut accepter d'assumer. Ce sans compter les coûts de l'amélioration des conditions-cadres, soit la formation et l'éducation, le maintien de la solidarité sociale.

En vous remerciant une fois encore de lui avoir permis de s'exprimer, notre Fédération vous présente, Madame la Conseillère, l'expression de sa considération très distinguée.

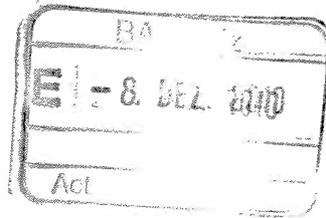
Pour la Fédération Suisse des Avocats :



Brenno Brunoni
Président



René Rall
Secrétaire général



Bundesamt für Justiz
Direktionsbereich Strafrecht
Bundesrain 20
3003 Bern



Per E-Mail: gilbert.mauron@bj.admin.ch

Basel, 7. Dezember 2010
J. 022 / PBA, JSC

Vernehmlassungsantwort – Bundesgesetz über die Harmonisierung der Strafraumen im Strafgesetzbuch, im Militärstrafgesetz und im Nebenstrafrecht

Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Ihrem Schreiben vom 8. September 2010 haben Sie uns über die Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens bezüglich des Bundesgesetzes über die Harmonisierung der Strafraumen im Strafgesetzbuch, im Militärstrafgesetz und im Nebenstrafrecht informiert und eingeladen dazu Stellung zu nehmen. Wir danken Ihnen für die Gelegenheit zur Stellungnahme.

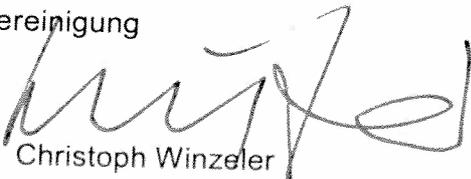
Die Schweizerische Bankiervereinigung (SBVg) lehnt das Bundesgesetz über die Harmonisierung der Strafraumen im Strafgesetzbuch, im Militärstrafgesetz und im Nebenstrafrecht ab.

Die SBVg sieht zwar, dass die angestrebte Harmonisierung der Strafraumen zu einer Stärkung des Strafrechts führen könnte. Das Bundesgesetz über die Harmonisierung der Strafraumen resultiert aber in einer starken und unbegründeten Ausweitung des Vortatenkataloges zur Geldwäscherei. Dies führt indirekt zu steigenden Rechtsrisiken und unbeabsichtigten Mehraufwänden (Melde- und Abklärungspflichten, sowie Annahmeverbote und Sperrungen von Vermögen) im Rahmen des Geldwäschereigesetzes, weshalb die SBVg das vorgelegte Bundesgesetz ablehnt.

Für das Interesse, das Sie unserer Stellungnahme entgegenbringen, danken wir Ihnen. Wir stehen selbstverständlich für Rückfragen gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse
Schweizerische Bankiervereinigung


Pascal Baumgartner


Christoph Winzeler



www.sgb.ch | www.uss.ch
Schweizerischer Gewerkschaftsbund
Union syndicale suisse
Unione sindacale svizzera

Bundesamt für Justiz
Direktionsbereich Strafrecht
Bundesrain 20
3003 Bern

Bern, 7. Dezember 2010

Stellungnahme zur Harmonisierung der Strafrahmen im Strafgesetzbuch, im Militärstrafgesetz und im Nebenstrafrecht

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Besten Dank für Ihre Einladung zur Stellungnahme bezüglich Harmonisierung der Strafrahmen im Strafgesetzbuch, im Militärstrafgesetz und im Nebenstrafrecht.

Bei der Vorlage handelt es sich um ein Thema, das für den Schweizerischen Gewerkschaftsbund (SGB) nicht von hoher Priorität ist. Deshalb beschränken sich die folgenden Ausführungen auf einige summarische Bemerkungen. Im Übrigen sei auf die Vernehmlassungsantwort der Demokratischen Juristinnen und Juristen der Schweiz verwiesen.

Zurzeit läuft ein Vernehmlassungsverfahren, das das geltende Sanktionenrecht revidieren möchte. Namentlich sollen die umstrittenen Geldstrafen neu gehandhabt und kurze Freiheitsstrafen wieder eingeführt werden. Der SGB ist der Meinung, dass es deshalb nicht möglich ist gleichzeitig über die Strafrahmen für Delikte des Besonderen Teils des StGB zu entscheiden. Zuerst müsste die Grundlage – was für Sanktionen überhaupt möglich sind – geklärt sein.

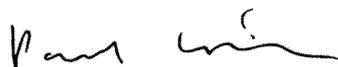
Der SGB spricht sich grundsätzlich gegen eine weitere Verschärfung des Strafrechts und gegen höhere Strafen aus. Verschiedenste Untersuchungen zeigen, dass die Härte einer Sanktion keinen Einfluss auf die Rückfallsquote hat. Ausserdem stellt der erläuternde Bericht zur Vorlage klar, dass das von den Gerichten gesprochene Strafmass nur sehr selten in der oberen Hälfte des Strafrahmens gelegen ist. Unsere Gesellschaft sollte nicht ohne gründliche Evaluation nach härteren Strafen und Massnahmen gegen die angebliche „Kuscheljustiz“ rufen. Vielmehr muss man sich genauestens überlegen, welche Rolle dem Strafrecht zukommen soll. Dabei sollten die Folgen von ausgesprochenen Strafen nicht nur für den Täter oder die Täterin, sondern auch die damit verbundenen gesellschaftlichen Konsequenzen im Auge behalten werden.

In dem Sinne scheint die Vorlage eher der Beruhigung gewisser Politiker als der Sache zu dienen und ist deshalb zurückzuweisen.

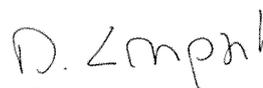
Wir danken für die Berücksichtigung unserer Anliegen.

Freundliche Grüsse

SCHWEIZERISCHER GEWERKSCHAFTSBUND



Paul Rechsteiner
Präsident



Daniel Lampart
Stellv. Leiter des Sekretariats
Chefökonom SGB



Bundesamt für Justiz
Direktionsbereich
Strafrecht
Bundesrain 20
3003 Bern 7

Zürich, 7. Dezember 2010 RDB/sm

Bundesgesetz über die Harmonisierung der Strafraumen im Strafgesetzbuch, im Militärstrafgesetz und im Nebenstrafrecht

Sehr geehrte Frau Bundesrätin Sommaruga
Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 8. September 2010 wurden wir zur Vernehmlassung zum oben genannten Geschäft eingeladen. Für die uns gegebene Gelegenheit zur Stellungnahme danken wir Ihnen bestens. Unsere Stellungnahme basiert auf einer internen Anhörung bei unseren Mitgliedern.

Zusammenfassung der Position des Schweizerischen Arbeitgeberverbandes (SAV)

Unsere Position lässt sich wie folgt zusammenfassen:

- Wir unterstützen grundsätzlich die Harmonisierung der Strafraumen.
- In den Artikeln 230 und 318 StGB ist die Erhöhung der Strafraumen nochmals zu überdenken.

Allgemeine Bemerkungen

Wir begrüssen die Überprüfung und den Versuch einer Vereinheitlichung der Strafraumen im Strafgesetzbuch, im Militärstrafgesetz und im Nebenstrafrecht. Das Ziel von Anpassungen im Strafrecht ist in aller Regel eine Verschärfung des Strafrechts und damit auch eine Verhütung von Straftaten. Der Schweizerische Arbeitgeberverband vertritt die Haltung, dass es wichtig ist, neben der Verstärkung der Abschreckung auch Präventionsziele zu verfolgen.



Das heutige Strafrecht lässt dem Richter einen grossen Ermessensspielraum bezüglich des Strafrahmens. Es ist von zentraler Bedeutung, dass die Richter mit diesem, ihnen zugebilligten Ermessensspielraum verantwortungsbewusst umzugehen wissen. Nachdem nun in verschiedenen Artikeln der Strafrahmen erhöht werden soll, gewinnt dieser Entscheidungsspielraum zusätzliches Gewicht.

Wir beschränken uns in unseren Bemerkungen auf die Artikel, welche für Arbeitgeber eine direkte Relevanz aufweisen.

Zu den einzelnen Artikeln.

Art. 188 StGB Sexuelle Handlungen mit Abhängigen

Art. 192 StGB Sexuelle Handlungen mit Anstaltspfleglingen

Art. 193 StGB Ausnützung der Notlage

Wir unterstützen die Streichung der Möglichkeit eine Geldstrafe auszusprechen. Damit wird klar gemacht, dass die Ausnützung jeglicher Abhängigkeitsverhältnisse unter keinen Umständen als Bagatelldelikt betrachtet werden kann.

Wir stimmen auch der Streichung von Abs. 2 zu. Die Ausnützung eines Abhängigkeitsverhältnisses kann nicht durch eine nachträgliche Legalisierung verharmlost werden; insbesondere auch, nachdem heute bereits eine eingetragene Partnerschaft zu dieser Strafbefreiung führen kann. Die Möglichkeit der Strafbefreiung über die Art. 52 (fehlendes Strafbedürfnis) oder Art. 53 (Wiedergutmachung) reichen für den denkbaren, aber absoluten Ausnahmefall aus.

Art. 230 StGB Beseitigung oder Nichtanbringung von Sicherheitsvorrichtungen

Wir begrüssen die klarere Differenzierung im Strafrahmen zwischen der vorsätzlichen und der fahrlässigen Tatbegehung.

Angesichts der in der Regel ausgesprochenen Freiheitsstrafen von bis zu 90 Tagen, stellt sich die Frage, ob die Erhöhung des Strafrahmens von drei auf fünf Jahre wirklich notwendig und sinnvoll ist. Unrealistisch hohe Strafrahmen führen dazu, dass Verurteilungen, welche regelmässig so weit unter dem möglichen Strafrahmen liegen, in der Tendenz als eine Art Kavaliersdelikte wahrgenommen werden.

Antrag: Überdenken der Erhöhung des Strafrahmens in Art. 230 StGB

Art. 318 StGB Falsches ärztliches Zeugnis

Grundsätzlich erachten wir die Sanktionierung von falschem ärztlichem Zeugnis als richtig. Ob die Erhöhung des möglichen Strafmasses zu weniger Straftatbeständen führen wird, wagen wir zu bezweifeln. Eine «Harmonisierung» von Straftatbeständen kann nicht als alleiniges Argument dienen für die Erhöhung der Strafmasse.

Insbesondere den höheren Straftatbestand bei fahrlässigem Verhalten erachten wir als kritisch. Ob dies den Gefälligkeitszeugnissen einen Riegel schieben würde, bleibt fraglich. Es ist jedoch zu befürchten, dass, zur Absicherung des Zeugnisses, eine aufwändige und damit teure Abklärung von in der Regel einfachen medizinischen Sachverhalten gefördert würde. Angesichts der riesigen Zahl von Arztzeugnissen in Zusammenhang mit der Arbeitsunfähigkeit am Arbeitsplatz ist dies aus gesundheitspolitischer Sicht jedoch nicht erwünscht.



Antrag: Überdenken der Erhöhung des Strafrahmens in Art. 318 Abs. 1 und 2 StGB

Art. 321 StGB Verletzung des Berufsgeheimnisses

Wir können einer Erhöhung des Strafrahmens auf fünf Jahre zustimmen, da davon auszugehen ist, dass die Gerichte die entwickelte Praxis weiterführen werden. Nur in Ausnahmefällen, wenn der Täter für die Geheimnisverletzung einen Vorteil gefordert hat, kann jedoch ein derart hoher Strafrahmen gerechtfertigt sein.

Schlussbemerkungen

Wir bitten Sie, unsere Eingabe zu berücksichtigen und bedanken uns für die Möglichkeit zur Stellungnahme. Gerne stehen wir für allfällige Rückfragen zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüssen

SCHWEIZERISCHER ARBEITGEBERVERBAND

Thomas Daum
Direktor

Ruth Derrer Balladore
Mitglied der Geschäftsleitung

3-fach
auch per E-Mail: gilbert.mauron@bj.admin.ch

Koppel

1

DJS JDS GDS

Demokratische Juristinnen und Juristen der Schweiz
Juristes Démocrates de Suisse
Giuristi e Giuriste Democratici Svizzeri
Giuristas e Giurists Democratics Svizzers

Neuengasse 8
3011 Bern
Tel 031 312 83 34
info@djs-jds.ch

Bern, den 7. Dezember 2010

EJPD
Bundesamt für Justiz
Direktionsbereich Strafrecht
Bundesrain 20
3003 Bern

Bundesgesetz über die Harmonisierung der Strafrahmen (Strafgesetzbuch, Militärstrafgesetz und Nebenstrafrecht). Vernehmlassungsfrist 10. Dezember 2010

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Die DJS bedanken sich für die Einladung, zur oben erwähnten Thematik Stellung nehmen zu können.

1. Allgemeine Überlegungen:

Dieser Entwurf schlägt bei zahlreichen Strafnormen schärfere Strafrahmen, bzw. verschärfte Minima vor. Begründet wird dies mit einem Missverhältnis, das korrigiert werden oder zumindest auf ein absolutes Minimum beschränkt werden müsse. Dieses Missverhältnis begründet der Vorentwurf vorab mit dem Rechtsgüter-schutz. Der Wert des jeweiligen geschützten Rechtsgutes müsse mit den Strafrahmen korrelieren, ansonsten würde das Strafrecht an Glaubwürdigkeit und somit auch an präventiver Wirkungskraft einbüßen. **Diese Argumentation ist reine Spekulation.** Der Entwurf räumt aber gleichzeitig ein, dass nicht so sehr die Härte der angedrohten Sanktionen, sondern die Verfolgungswahrscheinlichkeit potentielle Täter und Täterinnen abschrecke. Daraus erhellt, dass bereits die Begründung des Vorentwurfs widersprüchlich ist. Dies erstaunt nicht: **Der nun seit Jahren von gewissen politischen Kreisen eröffnete und von den Medien teilweise unnötig befeuerte Diskurs über die „gerechte Strafe“ resp. die sog. Kuscheljustiz wird fast ausnahmslos populistisch geführt. Der vorliegende Entwurf ist denn auch mehrheitlich das Resultat dieses Diskurses und hat u.E. weder mit sachlichen Argumenten noch mit der gängigen Praxis etwas zu tun.** Das politische Argumentarium ist immer dasselbe: Eine härtere Bestrafung im Einzelfall, bzw. die durch das Gesetz eingeräumten Befugnisse zu einer härteren Bestrafung führe zu einer sichereren Gesellschaft; „das Volk“ wolle eine härtere Bestrafung und darum müsse man härter bestrafen. Die Gerichte daselbst – so führen viele Politiker und Politikerinnen weiter aus – würden eine Kuscheljustiz betreiben und mit ihrer Praxis die Glaubwürdigkeit der Strafjustiz untergraben.

Die kriminologische Forschung dagegen zeigt ein anderes Bild:

► Rigidere Bestrafung oder die Erhöhung von abstrakten Strafdrohungen sind keine Garantie für eine sicherere Gesellschaft. Die dahinter stehende Abschreckungstheorie muss als gescheitert betrachtet werden. Entscheidend ist jedoch die Verfolgungsideologie, das heisst, dass der Täter oder die Täterin mit einer Strafverfolgung und Bestrafung rechnen muss.

► Juristische Laien sind, sobald man ihnen konkrete Fälle vorlegt, weniger streng in der Bestrafung der Täter oder Täterinnen als Strafrichter (vgl. Studie von Prof. Kuhn, Universität Lausanne, welche dies belegt). Mit anderen Worten: Im konkreten Fall will der einzelne Bürger keine strengeren Strafen. Anzuführen bleibt, dass Menschen aus einfacheren sozialen Verhältnissen oder mit einem geringeren Bildungsstand sowie fehlender politischer Meinungsbildung ein erhöhtes Strafbedürfnis haben.

► Härtere Bestrafung hat keinen messbaren Einfluss auf die Rückfallquote.

Es muss weiter festgehalten werden, dass man dem Ansehen der Gerichte mit dem Vorwurf, sie treibe Kuscheljustiz ziemlich schadet. Die in der vorliegenden Revision vorgesehenen Einschränkungen oder gar Aufhebung des Ermessensspielraums der Justiz sind ebenfalls alles andere als eine vertrauensbildende Massnahmen für die Justiz. Solche Kampagnen sind vielmehr eine bedenkliche Form der Destabilisierung staatlicher Institutionen, die in dieser pauschalen Art nicht länger hingenommen werden darf. Die Politik macht einen grundlegenden Fehler, wenn sie das gesamte, pragmatisch austarierte schweizerische Strafrecht anhand von Extremfällen durch punktuelle Änderungen über den Haufen wirft und dabei den Gerichten haltlose Vorwürfe macht.

Zusammenfassend stellen die DJS fest, dass sich das Strafrecht seit längerer Zeit mit populistischen Schlagworten konfrontiert sieht. Umso enttäuschender ist es, dass der Bundesrat auf diese populistischen Forderungen eingeht und den vorliegenden Gesetzesentwurf verfasst hat. Die DJS sind gegen sämtliche Vorschläge in diesem Vorentwurf, die eine Verschärfung des geltenden Strafrechts vorsehen. Wir hoffen, dass die neue Vorsteherin des EJPD den Gesamtbundesrat davon überzeugen kann, diese vorschnelle Gesetzesrevision abubrechen.

2. Punktuelle Stellungnahmen zu ausgewählten Änderungsvorschlägen:

2.1 Verhältnis zur bereits laufenden Vernehmlassung des Allgemeinen Teils des StGB:

Offen ist zurzeit, wie es mit der Teilrevision des allgemeinen Teils weitergehen wird: Abschaffung der teilbedingten Strafe, Abschaffung der bedingten Geldstrafe, „Wiederauferstehung“ der kurzen Freiheitsstrafen. Solange dies nicht geklärt ist, macht eine Anpassung der Strafrahmen und Strafarten im besonderen Teil keinen Sinn. Insbesondere die Vorschläge in den Artikeln 139, 140, 144 bis 148 StGB sehen eine Streichung der minimalen Geldstrafe als alternative Sanktion vor und ersetzen die Geldstrafe durch eine minimale Freiheitsstrafe. Dies ist aus den oben unter Ziff. 1 erwähnten Gründen abzulehnen. **Offenbar geht es darum, das Ermessen des Strafgerichts einzuschränken. Ein Strafgericht ist nun aber auf Ermessensspielräume zwingend angewiesen, da es sich bei unserem Strafrecht nach wie vor um ein Verschuldensstrafrecht und nicht um ein Erfolgsstrafrecht handelt.**

2.2 Heraufsetzung des Strafrahmens bei der fahrlässigen Tötung

Diese Änderung zielt klar auf eine spezifische Tätergruppe ab, diejenige der "Raser". Soweit man der Ansicht ist, dass man die Raser aus einem reinen Vergeltungsbedürfnis heraus härter bestrafen soll, erscheint die Heraufsetzung auf fünf Jahre eine logische politische Forderung. **Gleichzeitig muss aber festgehalten werden, dass damit kein effektiver Beitrag zu einer erhöhten Verkehrssicherheit geleistet wird. Das Strafrecht kann dieses Problem nicht lösen, ebenso wenig ein Verfassungsartikel wie ihn die sog. Raserinitiative verlangt. Befremdend mutet nun aber die Begründung an, mit dieser Lösung könne man die Beweisschwierigkeiten bei der Feststellung des Eventualvorsatzes vermeiden.** Damit wird die eigentlich klare Grenze zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit vom Verschuldensgehalt her verwischt. Das ist abzulehnen. Die jetzige Lösung hat sich seit Einführung des Strafgesetzbuches bewährt und soll daher beibehalten werden.

2.3 Abschaffung von „Kann“-Vorschriften

Um dem Verschulden eines Täters gerecht zu werden, räumt das Gesetz den Strafgerichten Ermessen ein. „Kann“-Vorschriften geben dem Gericht Spielräume. Die DJS sind daher gegen die Streichung der diversen „Kann“-Vorschriften.

2.4 Abschaffung der kürzeren Verjährungsfrist bei Ehrverletzungsdelikten

Es wird bestritten, dass keine Veranlassung für kürzere Verjährungsfristen bei Ehrverletzungsdelikten besteht. Vom Rechtsgut her geht es um eine Verletzung der Ehre. Die erfolgte Friedensstörung klingt bei der Ehre i.d.R. rasch ab. Dieser Änderungsvorschlag ist ausserdem sachfremd, da es bei der Vorlage um die Harmonisierung der Strafrahmen geht und nicht um die Anpassung von Verjährungsregeln, die man notabene erst kürzlich und umfassend revidiert hat!

2.5 Erhöhung der Mindeststrafen bei der schweren Körperverletzung

Wiederum beschneidet dieser Vorschlag das Ermessen der Gerichte. Ein bedingter Strafvollzug würde bei dieser Ausgestaltung von vorneherein entfallen. Eine Mindeststrafe von zwei Jahren ist eine drastische Verschärfung und es sind Zweifel angebracht, ob dies im Einzelfall der Sache gerecht wird. Der Vorschlag ist abzulehnen oder zumindest wäre das Mindestmass herunterzusetzen. Systematisch unverständlich ist dieser Vorschlag auch wenn man ihn mit der Strafandrohung des Totschlages (Art. 113 StGB) vergleicht. Für Totschlag sieht das Gesetz eine Mindeststrafe von einem Jahr vor.

2.6 Abschaffung der Kindstötung

Diesen Vorschlag lehnen die DJS ab. Eine Mutter, die ihr noch ungeborenes oder neu geborenes Kind tötet, tut dies unter dem Einfluss des Geburtsvorgangs und ihrer persönlichen Situation. Das ist ein sehr besonderer Fall, der sich von anderen Tötungsdelikten klar unterscheidet. Ganz besonders dann, wenn man sich gedanklich in die Situation einer solchen Mutter hineinversetzt. Die Argumentation in den Erläuterungen, wonach es sich hier bisher um einen "privilegierten Fall" handle und sich die Situation alleinstehender Mütter heute wesentlich verbessert habe klingt schon beinahe zynisch.

2.7 Kategorisierung des Ungehorsams gegen amtliche Verfügungen (StGB 292) als Vergehen

Dass dieses Delikt neu als Vergehen und nicht mehr als Übertretung bestraft werden soll, ist entschieden abzulehnen. Anders als die diesem Delikt in gewisser Hinsicht ähnlichen Vergehen etwa nach StGB 169, 289,

290, 291, oder 294, die allesamt den Tatbestand klar umschreiben, handelt es sich bei StGB 292 um eine Blankettstrafnorm, die auf jede noch so belanglose hoheitliche Verhaltensanweisung Anwendung finden könnte, sofern diese für den Fall des Ungehorsams eine Strafandrohung umfasst. Mit StGB 292 wird die Verletzung einer Verhaltensanweisung, die in extremis sogar mündlich erfolgen kann, unter Strafe gestellt. **Es ist in keiner Weise verhältnismässig, für jeden Anwendungsbereich von einem Vergehen auszugehen. Die kriminalpolitischen Folgen wären schwer abzuschätzen, zweifellos würden aber mit der Erhöhung des Strafmasses unzählige Bagatellfälle zu Vergehen, welche im Strafregister vermerkt werden müssten.**

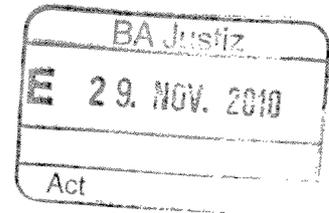
Abschliessend noch folgende Bemerkung: Völlig vergessen oder gar verdrängt wird bei diesem Vorschlag, dass der Vollzug von Freiheitsstrafen kostspielige Angelegenheiten sind und die Staatskasse – also die Steuerzahlenden – enorm belasten können. Es ist bei dem Vorschlag davon auszugehen, dass Straftäter und Straftäterinnen vermehrt einsitzen werden – mit allen bekannten Konsequenzen sowohl für die Täter und Täterinnen (Verlust der Arbeitsstelle, der Wohnung, des sozialen Netzes, was wiederum weitere zusätzliche Kosten für Gemeinden und Kantone mit sich bringt) als auch für die Kantone mit ihren überlasteten Strafvollzugsanstalten.

Wir hoffen daher sehr, dass dieser "Harmonisierungsversuch" vom Bundesrat zurückgenommen wird und sich die Verwaltung – zusammen mit dem Gesetzgeber – vor jeglicher Verschärfung der Strafrahmen mehr Zeit lassen für eine vertiefte Analyse und Diskussion darüber, was an Änderungen tatsächlich notwendig und sinnvoll sein könnte.

Mit freundlichen Grüssen

Catherine Weber
Geschäftsführerin DJS

Bundesstrafgericht
Tribunal pénal fédéral
Tribunale penale federale
Tribunal penal federal



Postfach 2720
CH-6501 Bellinzona
Telefon +41 (0)91 822 62 62
Fax +41 (0)91 822 62 42
E-Mail info@bstger.admin.ch

Eidg. Justiz- und Polizeidepartement
Bundesamt für Justiz
Direktionsbereich Strafrecht
Bundesrain 20
3003 Bern

Registratur-Nummer: 2.1.4.2

Bellinzona, 26. November 2010

Vernehmlassung zur Harmonisierung der Strafrahmen im Strafgesetzbuch, im Militärstrafgesetz und im Nebenstrafrecht

Sehr geehrte Damen und Herren

Wir danken für die Gelegenheit, zum rubrizierten Geschäft Stellung nehmen zu können, und machen von dieser Möglichkeit gerne innert Frist Gebrauch.

Das Bundesstrafgericht begrüsst die wichtige Harmonisierung der Strafrahmen, weil dadurch die seit seiner Inkraftsetzung im Jahre 1942 erfolgten 44 Teilrevisionen des Besonderen Teils einer Gesamtschau unterzogen, Unstimmigkeiten bei den Strafdrohungen beseitigt und eine systematische und kohärente Strafrahmenordnung geschaffen werden können. Wir erlauben uns daher im Folgenden, lediglich kritische Anmerkungen anzubringen.

Das Bundesstrafgericht beschränkt sich in seiner Vernehmlassung hauptsächlich auf die für seine Zuständigkeit primär relevanten Tatbestände und auf rechtliche und rechtstechnische Hinweise; Rechtspolitik soll im Sinne der Gewaltenteilung nicht Thema einer gerichtlichen Vernehmlassung sein. Die Rechtspolitik als solche kann hingegen dann Thema der Vernehmlassung sein, wenn sie für die Rechtsadressaten und insbesondere die Rechtsprechung problematische Konsequenzen hat, was vorliegend punktuell der Fall ist.

I. Grundsätzliche Anmerkung

Mit der Anhebung der Strafrahmen im Fahrlässigkeitsbereich und fließenden Übergängen zu demjenigen bei Vorsatzdelikten (z. B. Art. 111 zu Art. 117), wird die im StGB systematisch gewollte und Rechtsfolge - bestimmende Schwelle zu den Vorsatz-

delikten eingegebenet. Das Fahrlässigkeitsdelikt wird damit einerseits zum Fallback-Szenario bei Beweisschwierigkeiten im Rahmen des Vorsatzes, mit der im Fahrlässigkeitsbereich typischen Konsequenz der faktischen Beweislastumkehr. Andererseits wird das Vorsatzdelikt generalpräventiv tendenziell aufgewertet, wenn in der Praxis nur noch Fälle des direkten (und ev. indirekten) Vorsatzes unter die strengere Bestimmung subsumiert werden. Wo immer eine andere Norm an die Unterscheidung Verbrechen / Vergehen oder Vorsatztat / Fahrlässigkeitstat anknüpft, können sich zudem unvorhergesehene Konsequenzen ergeben, so z. B. bei der Ausschaffung von straffällig gewordenen Ausländern, welche an bestimmte Tatbestände gekoppelt ist.

II. Im Einzelnen

1. **Art. 117:** Wir verweisen zunächst auf vorstehend I. Rücksichtlich der – nicht zu kommentierenden – rechtspolitischen Forderung nach härteren Strafen einerseits, jedoch der systematisch grundlegenden und im Rahmen des Schuldprinzips zentralen Unterscheidung andererseits, schlagen wir eine Erhöhung des Strafrahmens von Art. 117 auf bis zu vier Jahren Freiheitsstrafe oder Geldstrafe vor.

Ob sich die speziell bei Raserfällen vorliegende Sachlage auch auf andere Sachverhalte übertragen lässt und ob als Konsequenz die – mutmasslich durch die Raserfälle inspirierte – Anhebung des Strafrahmens bei Art. 117 in der Sache legitim ist, scheint unsicher. Zu BGE 134 IV 58 („Raserurteil“) ist bereits darauf hingewiesen worden, dass das dem Fahrlässigkeitsdelikt inhärente – und unter Schuldgesichtspunkten nicht unproblematische – Zufallselement durch diese Rechtsprechung in problematischer Art und Weise auf Vorsatzdelikte übertragen wird und dass durch die vom BGER vorgegebenen Anforderungen an die Begründungsdichte für die Ausschöpfung von Strafrahmen nach oben für Tatgerichte praktisch nicht erfüllbar sind, vgl. dazu GUNTHER ARZT, Der Apfelschuss – strafrechtliche Randbemerkungen zu Wilhelm Tell, recht 2004 (Bd. 22), 180 ff.

2. **Art. 123:** Unseres Erachtens ergibt sich hier in Einzelfällen ein Konkurrenzproblem hinsichtlich Art. 133 und Art. 134: Wenn bei einem Raufhandel oder einem Angriff nur ein (1) Mensch provoziert bzw. angegriffen wird, dieser sich unter Umständen wehrt und zudem i. S. v. Art. 123 verletzt wird, konsumiert der Verletzungstatbestand den Gefährdungstatbestand (BGE 118 IV 229). Die daraus resultierende Privilegierung des oder der Verletzenden gegenüber den übrigen Gefährdenden ist stossend. Es scheint uns opportun, der Ziff. 2 einen neuen Absatz einzufügen, der diese Unstimmigkeit beseitigt. Zudem könnten bei dieser Gelegenheit qualifizierende und antragsrelevante Tatbestandsvarianten übersichtlich getrennt aufgeführt werden.
3. **Art. 139:** Die Argumentation zur Gewerbsmässigkeit überzeugt nicht. Das (Teil-)Unrecht dieser Qualifikation speist sich aus dem Grundtatbestand: So begeht ein gewerbsmässiger Warenfälscher ein anderes Unrecht als ein gewerbsmässiger Erpresser. Die schematische Anhebung über sämtliche Grundtatbestände ist deshalb nicht sachgemäss.

Es stellt sich die Frage, weshalb beim bandenmässigen Diebstahl (Art. 139 Ziff. 3 Abs. 2) eine Mindeststrafe vorgesehen ist, während Art. 305^{bis} keine Mindeststrafe bei der bandenmässigen Begehung kennt, sondern nur eine Maximalstrafe. Die Parallele drängt sich deshalb auf, weil Art. 305^{bis} zwar systematisch bei den Rechtspflegedelikten eingeordnet ist, als Blankettrechtsgut materiell aber auch Vermögensinteressen schützt, vgl. dazu MARK PIETH in Basler Kommentar Strafrecht II, Vor Art. 305^{bis}, N 42 ff. (mit Hinweis auf BGE 129 IV 322).

Es fragt sich weiter, weshalb nur die bandenmässige Begehung strafscharfend ist und die Verübung als Angehöriger einer kriminellen Organisation nicht ausdrücklich aufgeführt ist. Das Fehlen einer solchen Variante bereitet der Rechtsprechung gewisse Abgrenzungsprobleme (vgl. etwa das Urteil des Bundesstrafgerichtes vom 14. Oktober 2009, SK.2008.26). Modell könnte hier Art. 305^{bis} sein, bei welchem beide Varianten aufgeführt sind. Analoge Überlegungen gelten insb. im Zusammenhang mit Art. 19 Abs. 2 lit. b BetmG, aber auch für sämtliche Tatbestände, welche nur die bandenmässige Begehung berücksichtigen, nicht aber die kriminelle Organisation.

4. **Allgemein zu Art. 270, Art. 275^{bis}, Art. 275^{ter}, Art. 277, Art. 278:** Die Streichung einer Norm (bzw. die Herabsetzung des Strafrahmens) mit der fehlenden praktischen Anwendung oder dem reinen Symbolgehalt der Vorschrift zu begründen, scheint zweischneidig: Mit dieser Begründung könnte theoretisch z. B. auch der Tatbestand der Beleidigung eines fremden Staates (Art. 296) zur Disposition stehen; vgl. dazu die Ausführungen von URS SAXER, Zum Reputationsschutz des Staates, in: M. A. Niggli, J. H. Pozo, N. Queloz (Hrsg.), Festschrift für Franz Riklin, Zürich etc. 2007, S. 673 f. (mit statistischen Hinweisen) und demgegenüber das aktuelle Urteil des Bundesstrafgerichtes vom 16. November 2010, BB.2010.100-BB.2010.101.
5. **Art. 275^{ter}:** Die Streichung dieser Norm würde bedeuten, dass die Überwachung solcher Organisationen künftig ausschliesslich den Geheimdiensten vorbehalten ist. Dies ist rechtsstaatlich problematisch, weil so eine richterliche Kontrolle verunmöglicht wird, vgl. dazu RETO PATRICK MÜLLER, Innere Sicherheit Schweiz, Egg bei Einsiedeln 2009, S. 501 (These 15 f.)
6. **Art. 286:** Hinsichtlich der Tatsache, dass hier blosser ziviler Ungehorsam kriminalisiert wird, eine entsprechende Regelung in den Nachbarländern fehlt und ein ausreichendes strafrechtliches Instrumentarium zur Verfügung steht, ist dieser Tatbestand als Bestandteil des Kernstrafrechts insgesamt fragwürdig und gehört eher ins Nebenstrafrecht. Eine Erhöhung des Strafrahmens erscheint aber vor allem deshalb unnötig, als die „gravierendsten Verhaltensweisen“ (vgl. Erläuterungen) sowieso von Art. 285 erfasst werden (vgl. auch KLAUS SCHNEIDER, Unternehmensstrafbarkeit zwischen Obstruktion und Kooperation, Bern 2009, 127 ff.).
7. **Art. 305 Abs. 1:** Die Ausrichtung des Strafrahmens an demjenigen der Vortat stellt die schweizerische **Konzeption der Begünstigung** völlig auf den Kopf: Mit der

geplanten Einfügung von Abs. 1^{ter} würde die bisherige, vom BGer und dem überwiegenden Teil der Lehre getragene Lösung kurzerhand umgestossen und der deutschen Konzeption angenähert.

Die in den Erläuterungen zur geplanten Revision gezogene Parallele zur Hehlerei ist unzutreffend, weil die Hehlerei zur Vortat (limitiert) akzessorisch ist und kein von der Vortat unterschiedliches Rechtsgut schützt. Aus diesem Grund hat der Gesetzgeber sachliche Begünstigung (Hehlerei) und persönliche Begünstigung (Strafvereitelung) in zwei verschiedenen Straftatbeständen geregelt. An dieser in der Schweiz ganz unbestrittenen Auffassung hat sich – soweit ersichtlich – nichts geändert.

Nach schweizerischer Auffassung ist die Begünstigung **nicht akzessorisch** (vgl. SCHNEIDER, a. a. O., 9, m. w. H.). Dies bedeutet, dass – anders als im deutschen StGB – auch die Begünstigung Unschuldiger strafbar ist (STEFAN TRECHSEL / HEIDI AFFOLTER-EIJSTEN, Schweizerisches Strafgesetzbuch Kurzkommentar, Zürich 2008, Art. 305 N 2 f. m. H. zur Rechtsprechung des BGer). Dies ergibt sich vor allem aus dem Umstand, dass die Vortat und die Nachtat „Begünstigung“ unterschiedliche Rechtsgüter schützen (SCHNEIDER, a. a. O., 10 ff.). Diese Konzeption hat nicht zu unterschätzende Vorteile und ist einer unklaren Vortat-Akzessorietät vorzuziehen (zu den Problemen beim Tatbestand der Strafvereitelung nach deutschem StGB vgl. GUNTHER ARZT / ULRICH WEBER, Strafrecht Besonderer Teil, Bielefeld 2000, § 26 N 1 f. dazu auch SCHNEIDER, a. a. O., 13 ff.). Die für das schweizerische Recht neue Voraussetzung einer rechtswidrigen Tat wird bereits in jenen Fällen problematisch, in denen es nicht um die Verhinderung der Strafverfolgung geht, sondern um die Verhinderung des Vollzugs eines rechtskräftigen Urteils. Zudem werfen unter der geltenden Konzeption die Fälle unklarer Vortatbeteiligung (v. a. bei mittäterschaftlich / arbeitsteilig verübten Delikten von kriminellen Organisationen) und bei klarer Nachtatbehandlung zumindest das nachtatische Verhalten nicht die in dieser Konstellation besonders dornenvolle „in dubio pro Vortäter“ - Problematik auf (vgl. dazu SCHNEIDER, a. a. O., 167 f., m. w. N. zu Lösungsansätzen dieses Dilemmas in Deutschland).

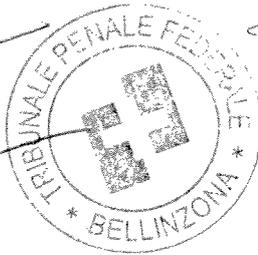
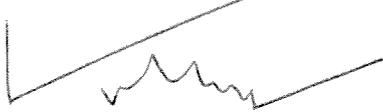
Falls der **Paradigmenwechsel** bei der Strafbarkeit der Begünstigung beabsichtigt ist, muss jedoch primär die Formulierung des Tatbestandes angepasst werden (vgl. dazu etwa § 258 deutsches StGB; Kritik dazu bei ARZT/WEBER, a. a. O., § 25 N 4 und § 26 N 1 f.), da die Revision allein des Strafrahmens ein ungeeignetes Mittel darstellt und erhebliche Rechtsunsicherheit im Bereich der Begünstigung schafft. Der nicht-akzessorische Strafrahmen der geltenden Fassung von Art. 305 Abs. 1 ist deshalb beizubehalten oder aber die Änderung der Rechtsfolge mit einer kohärenten Neuformulierung des Tatbestandes zu verknüpfen.

Art. 305 Abs. 3: Es ist zu präzisieren, dass es hier nicht um Strafflosigkeit, sondern um Schuldlosigkeit geht, vgl. SCHNEIDER, a. a. O., 140 f.: Die Handlung, welche unter Abs. 3 fällt, bleibt tatbestandsmässig und rechtswidrig.

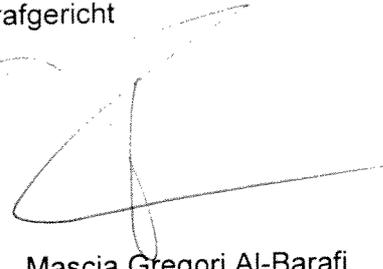
Abschliessend bedanken wir uns nochmals für die erhaltene Möglichkeit zur Stellungnahme.

Mit freundlichen Grüssen

Für das Bundesstrafgericht

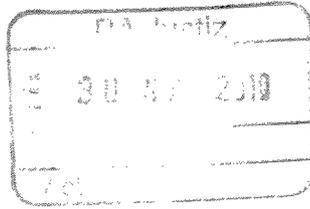


Dr. iur. Andreas J. Keller
Präsident



Mascia Gregori Al-Barafi
Generalsekretärin

Kopie: - Bundesgericht
- Bundesverwaltungsgericht



Jean-Paul Bozzone
Bezirksgericht Zürich
Wenigstrasse 28
Postfach
8026 Zürich



Bundesamt für Justiz
Fachbereich Straf- und Strafprozessrecht
Bundesrain 20
3003 Bern

Zürich, den 24. November 2010

Vernehmlassung zum Bundesgesetz über die Harmonisierung der Strafraumen - Art. 285 StGB

Sehr geehrte Damen und Herren

Als langjähriger Strafrichter stelle ich immer wieder fest, dass beim Delikt der Gewalt und Drohung gegen Behörden und Beamte (Art. 285 StGB) in vielen Fällen (viel) zu tiefe Strafen von den Strafverfolgungsbehörden beantragt und von den Gerichten ausgesprochen werden.

Dies demotiviert, wie ich schon von mehreren Seiten gehört habe, die Polizei zusehends. Auch die zum Teil viel zu milden Urteile bei anderen Deliktsarten (insbes. bei Delikten gegen Leib und Leben) demotivieren die Polizei zunehmend. Dies ist eine rechtspolitisch besorgniserregende Entwicklung, denn der Polizei kommt in jeder Gesellschaft eine ausserordentlich wichtige Rolle zu.

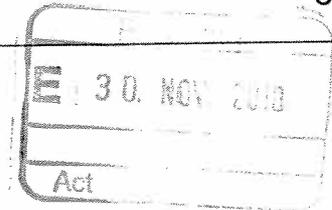
Ich möchte deshalb anregen, auch beim Straftatbestand von Art. 285 Ziff. 1 StGB eine Mindeststrafe einzuführen. Ich halte dabei aufgrund der zahlreichen Fälle von Gewalt und Drohung gegen Beamte, die ich schon zu beurteilen hatte, eine solche von mindestens drei Monaten für angemessen. Beim Straftatbestand von Art. 285 Ziff. 2 Abs. 1 StGB sollte meiner Ansicht nach eine Mindeststrafe von allermindestens drei Monaten, beim Straftatbestand von Art. 285 Ziff. 2 Abs. 2 StGB eine noch höhere Mindeststrafe (heutige Mindeststrafe: 30 Tagessätze Geldstrafe; neu vorgeschlagene Mindeststrafe: 90 Tagessätze) eingeführt werden.

Für allfällige Rückfragen stehe ich Ihnen gerne zur Verfügung

Ich danke Ihnen für die Prüfung meines Anliegens und grüsse Sie freundlich.

J.-P. Bozzone

Jean-Paul Bozzone
Einzelrichter für Zivil- und Strafsachen



Präsident:
Dr. Felix Bänziger
Oberstaatsanwalt
Franziskanerhof, Barfüssergasse 28
4502 Solothurn
Tel. 032 627 27 35
Fax 032 627 76 83
felix.baenziger@bd.so.ch

Office fédéral de la Justice
Domaine de direction Droit pénal
Bundesrain 20
3003 Bern

Lausanne, le 29 novembre 2010

Procédure de consultation

Loi fédérale sur l'harmonisation des peines dans le Code pénal, le code pénal militaire et le droit pénal accessoire

Monsieur le Directeur,

La Conférence des autorités de poursuite pénale de Suisse a l'honneur de vous faire tenir, en trois exemplaires, ses déterminations dans le cadre de la procédure de consultation citée en rubrique. Une version électronique en est également adressée par courriel à M. Gilbert Mauron.

Elaborées par le groupe de travail "Législation" présidé par le soussigné, lesdites déterminations ont été approuvées par le Bureau de la CAPS lors de sa séance du 18 novembre 2010, à Winterthur.

Veuillez agréer, Monsieur le Directeur, l'expression de notre considération distinguée.



Eric Cottier

Procureur général du Canton de Vaud
Membre du Bureau de la CAPS

DETERMINATIONS

**de la Conférence des autorités de poursuite pénale de Suisse
(ci-après : la CAPS)**

**Procédure de consultation : rapport et avant-projet relatifs à
la loi fédérale sur l'harmonisation des peines dans le code
pénal, le code pénal militaire et le droit pénal accessoire**

Remarques préliminaires :

1.- Une procédure législative de modification de la partie générale est en cours (droit des sanctions). Il y est proposé, notamment, de supprimer la peine pécuniaire avec sursis et de réintroduire les courtes peines privatives de liberté avec sursis. La consultation est arrivée à son terme le 30 octobre 2010. Le nombre maximum des jours-amende et le plafond de la peine compatible avec le sursis partiel sont au nombre des révisions proposées.

La CAPS est d'avis que les modifications de la partie spéciale qui sont l'objet de la présente procédure de consultation pourraient se trouver dépourvues de sens, selon que les lignes directrices de la révision de la partie générale seront ou non suivies. Les dispositions de la partie spéciale, telles que proposées, pourraient se trouver immédiatement en dysharmonie avec la partie générale si la révision de celle-ci n'allait pas exactement dans le sens prévu. Partant, harmoniser les sanctions de la partie spéciale avant de modifier la partie générale, c'est prendre le risque de devoir procéder à de nouvelles modifications à peine les premières réalisées. Compte tenu de la

révision de la partie générale, il n'y a pas plus d'urgence maintenant qu'en 2007 à réviser la partie spéciale.

2.- Un certain nombre de propositions ne relèvent pas de l'harmonisation, mais constituent des modifications fondamentales, qui vont jusqu'à supprimer certaines infractions. Les intégrer dans la révision en cause n'est pas adéquat. Il y a lieu de se limiter à la stricte harmonisation en cause. Le champ de celle-ci peut en revanche être étendu à quelques infractions, pour lesquelles on peut souhaiter des modifications rapides des peines applicables, dans le sens d'une sévérité accrue notamment. Cela peut se faire pas des retouches ponctuelles et immédiates, ainsi qu'on le verra plus loin lors de l'examen détaillé des modifications proposées. La CAPS marquera d'un astérisque (*) les dispositions qui peuvent selon elles être modifiées sans attendre.

3.- Lorsque la CAPS ne fait pas de commentaire d'une disposition dans les déterminations qui suivent, c'est qu'elle y adhère et se réfère intégralement à l'exposé des motifs. Parfois, l'adhésion sera expliquée. En outre, la CAPS relève qu'elle ne s'est pas attardée sur quelques infractions très rares à l'image, par exemple, de l'article 235 CP (altération des fourrages).

4.- Enfin, toujours sur un plan général, la CAPS s'interroge sur la pertinence de la systématique choisie en matière de planchers de peines : on lit tantôt « plus de deux ans » (cf. art. 140 ch. 3 par exemple, ce qui impose de prononcer deux ans et un jour au minimum, et juste à côté « trois ans au moins » (art. 140 ch. 4), ce qui permet d'infliger trois ans. La terminologie choisie paraît vouloir anticiper sur la modification de la partie générale évoquée plus haut, en ce qui concerne le plafond de la peine pécuniaire (180 jours-amende, soit six mois), ou de la peine compatible avec l'octroi du sursis, même partiel (2 ans). De tels motifs ne sont pas pertinents : des circonstances atténuantes permettront quoi qu'il en soit de descendre, de cas en cas, au-dessous des minima proposés, et donc d'infliger le genre de peine qu'on aurait voulu éviter (pécuniaire) respectivement d'octroyer le sursis que l'on voulait exclure. La CAPS est d'avis que le pouvoir d'appréciation du juge se trouvera par trop limité, en visant un but discutable qui ne pourra de toute façon pas être atteint de manière systématique. Au surplus, les

planchers fixés pour certaines infractions empêcheront qu'il soit statué par voie d'ordonnance pénale, notamment en cas de concours d'infractions. Même si la procédure simplifiée permettra de traiter ce genre de cas de manière allégée, l'inconvénient relevé ne s'en trouvera pas entièrement compensé.

Des abrogations

Art. 116 CP, 213 et 263 CP :

Les abrogations proposées ne relèvent pas de l'harmonisation qui fixe le cadre de la révision. La CAPS ne se prononce dès lors pas.

Art. 150 bis CP

Dans la mesure où il s'agit de déplacer la disposition pénale dans la Loi sur les télécommunications, cette "abrogation" peut en revanche être approuvée.

Des modifications

Art. 117 CP (*) :

La modification proposée est effectivement justifiée. Des comportements lourdement fautifs ne trouvent pas leur juste sanction dans une peine de trois ans, ni même, en cas de concours, de 4 ans et demi. Des peines de cinq ans, respectivement sept ans et demi, permettront une répression adéquate de ces infractions, sans avoir à construire de manière parfois artificielle une infraction intentionnelle par dol éventuel.

Art. 122 CP (*) :

La peine plancher envisagée (deux ans) paraît excessive. Elle induit le risque que le juge interprète restrictivement la disposition pour retenir des lésions simples. Ce plancher de deux ans paraît d'autant plus excessif que les lésions corporelles graves seraient alors sanctionnées plus sévèrement que la tentative de meurtre. On pourrait en revanche admettre, dans un souci de politique criminelle, une peine minimale d'une année.

Art. 125 CP :

L'alinéa 1 du texte français contient *in fine* une phrase de trop.

Art. 133 et 134 CP (*) :

La modification proposée est pleinement fondée, les peines actuellement différentes sanctionnant ces deux infractions étant incompréhensibles.

Art. 139 ch. 2 et 3 (*) :

D'une manière générale, les modifications proposées sont approuvées, même si, compte tenu des peines minimales proposées qui sont très élevées, le risque existe que les circonstances aggravantes soient moins souvent retenues, afin d'éviter au juge la contrainte de ces planchers.

Art. 140 CP (*) :

Pour l'alinéa 3, la CAPS, tout en approuvant une sévérité accrue, se réfère à la remarque émise à propos de l'article 122 CP. La CAPS n'approuve en revanche pas l'abaissement de cinq à trois ans de la peine plancher pour le cas qualifié de l'article 140 ch. 4 CP : en terme de politique criminelle, il faut s'abstenir de tout ce qui peut être compris comme une banalisation d'infractions qui sont extrêmement graves. Il est en outre paradoxal d'augmenter la peine plancher de l'article 122 CP et d'abaisser celle de l'article 140 ch. 4 CP.

Art. 146 ch. 2, 148 ch. 2, 156 ch. 2 et 157 ch. 2 CP :

Cf. remarque ad article 139 CP.

Art. 173, 174, 177 et 178 CP :

La CAPS conçoit que la diffamation et la calomnie soient des délits tandis que l'injure n'est qu'une contravention. L'augmentation de la peine plafond pour la première est saluée. Il en va de même de la suppression de la prescription quadriennale de l'article 178 CP.

Art. 187 à 197 CP :

La CAPS approuve la tendance générale du projet, qui tend à une répression plus sévère des infractions considérées.

Art. 292 CP :

La modification proposée est pleinement fondée; les autorités de poursuite pénale ne peuvent que saluer l'entrée de cette infraction dans la catégorie des délits.

La consultation porte enfin sur la question suivante :

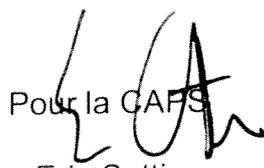
Faut-il, dans les dispositions de la partie spéciale du code pénal, du code pénal militaire et du droit pénal accessoire qui prévoient le cumul d'une peine privative de liberté et d'une peine pécuniaire, revenir au cumul d'une peine privative de liberté et d'une amende, tel qu'il existait avant le 1er janvier 2007 ?

La CAPS répond par la négative : l'amende doit être réservée à la répression des seules contraventions, et exclue de celle des délits, sanctionnés par les peines pécuniaires et privatives de liberté. Ainsi le système fera-t-il vraiment, d'une manière parfaitement claire, grâce aux sanctions différentes qui les répriment, la distinction entre délits et contraventions. La question pourrait se poser à nouveau, mais différemment, si la peine pécuniaire ne pouvait plus être assortie du sursis. Il y a lieu toutefois en l'état de s'en tenir à la partie générale en vigueur.

Adopté par le Bureau de la CAPS le 18 novembre 2010 à Winterthur.

Lausanne, le 29 novembre 2010

Pour la CAPS


Eric Cottier

Procureur général du Canton de Vaud



UNIVERSITÉ
DE GENÈVE

FACULTÉ DE DROIT
Département de droit pénal

Monsieur
Christian Bovet
Doyen de la Faculté de droit
Uni Mail
1211 Genève 4

Genève, le 9 novembre 2010

Concerne : Avant-projet de loi fédérale sur l'harmonisation des peines dans le Code pénal suisse, le Code pénal militaire et le droit pénal fédéral accessoire

Monsieur le Doyen,

Par courrier du 1er octobre 2010, Madame Isabel Rochat, Conseillère d'Etat en charge du Département de la sécurité, de la police et de l'environnement, invitait notre Faculté à prendre position sur l'avant-projet mentionné en référence.

Ci-dessous, vous trouverez les observations qui, de l'avis de mes collègues Ursula Cassani et Robert Roth, ainsi que du soussigné, devraient être prises en considération par la Conseil fédéral au moment de rédiger son Message à l'attention des Chambres fédérales.

D'une manière générale, la correction des incohérences, voire de certaines contradictions qui affectent les clauses punitives doit être approuvée.

Forme privilégiée du meurtre selon l'art. 111 CP, l'infanticide prévu par l'art. 116 CP est une institution obsolète qui peut être abrogée sans dommage. Prendront ici le relais l'art. 113 CP relatif au meurtre passionnel et/ou l'art. 19 al. 2 CP traitant de la responsabilité restreinte.

L'augmentation de 3 à 5 ans de la clause punitive relative à l'homicide par négligence selon l'art. 117 CP mérite d'être approuvée. De lege lata, en effet, l'identité de la peine-menace avec celle prévue par l'art. 125 CP sur les lésions corporelles par négligence est difficilement compréhensible.

A l'art. 125 CP nouvellement proposé, la modulation de la clause punitive en fonction de la gravité de la lésion corporelle infligée par négligence est adéquate. Dans le texte français de la disposition précitée, la seconde phrase de l'alinéa premier, qui résulte manifestement d'une inadvertance, doit être supprimée.

Le rapport explicatif à l'appui de l'avant-projet relève à juste titre que les clauses punitives de la rixe selon l'art. 133 CP (3 ans) et de l'agression selon l'art. 134 CP (5 ans) posent de nombreuses difficultés pratiques, notamment en matière de concours d'infractions et doivent donc être harmonisées. La bonne solution ne paraît toutefois pas résider dans l'augmentation de la peine-menace de la rixe à 5 ans, largement disproportionnée, mais dans l'abaissement de celle de l'agression à 3 ans.

Dans la version française de l'art. 173 ch. 2, 3 et 5 CP relatif à la diffamation, le vocable «inculpé» doit être remplacé par celui de «prévenu». Il s'agit-là non seulement de la terminologie qui résulte de la version allemande de la disposition, mais également celle qui figure à l'art. 104 al. 1 let. a du nouveau Code de procédure pénale suisse, qui entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2011.

De lege lata comme selon l'art. 187 ch. 4 CP proposé, seule l'erreur évitable de l'auteur sur l'âge de la victime (16 ans selon l'art. 187 ch. 1 CP) est susceptible de fonder la condamnation de l'intéressé pour infraction de négligence. En revanche, l'erreur évitable de l'auteur sur la différence entre son âge et celui de son partenaire sexuel (plus de 3 ans selon l'art. 187 ch. 2 CP) ne tire pas à conséquence pénale. Cette inégalité de traitement est injustifiable. Aussi l'art. 187 ch. 4 CP doit-il être étendu afin d'appréhender également l'auteur qui aurait pu et dû se rendre compte que la différence d'âge dépassait 3 ans.

Les modifications apportées à l'art. 197 CP réprimant la pornographie, lesquelles vont très nettement au-delà d'une simple harmonisation des peines, appellent les commentaires suivants. En matière de pornographie dure, d'abord, le texte proposé distingue les actes de diffusion et d'acquisition de la simple consommation ; ainsi consacre-t-il dans la loi la solution que le Tribunal fédéral a d'ores et déjà adoptée en violant le principe de la légalité : l'acquisition par la voie électronique d'images (téléchargement) à des fins de consommation personnelle est punie de la même manière que la fabrication (ch. 3) ; par ailleurs, la simple possession tomberait également sous le coup du ch. 3 ; on se demande dès lors ce qui reste pour le cas visé au ch. 3^{bis} (consommation). Ensuite, le ch. 3 est doté de deux clauses punitives : la let. a réprime un délit alors que la let. b introduit un crime, pour la première fois en matière de pornographie ; cela est excessif, étant rappelé que le simple téléchargement à des fins personnelles est suffisant pour réaliser l'infraction. Enfin, la traduction française des ch. 3 et 3^{bis} proposés trahit grossièrement le texte allemand de ces dispositions, qui doit manifestement faire foi : d'une part, il est question «d'actes sexuels non effectifs avec des enfants» là où il devrait être question «d'actes d'ordre sexuel non effectifs avec des enfants» ; d'autre part, il est question «d'actes de violence effectifs envers des enfants» là où il devrait être question «d'actes d'ordre sexuel effectifs avec des enfants» ; au-delà de ces graves manquements terminologiques, la distinction entre les actes

d'ordre sexuel qui sont effectifs et ceux qui ne le sont pas posera d'importants problèmes pratiques de délimitation et de preuve, étant entendu que l'auteur doit agir intentionnellement.

L'abrogation de l'art. 213 CP réprimant l'inceste est appréciée de manière divergente au sein du département de droit pénal, qui renoncera donc à prendre position.

L'art. 240 al. 3 CP proposé, qui n'apporte rien à l'art. 6 CP, peut être abrogé sans dommage.

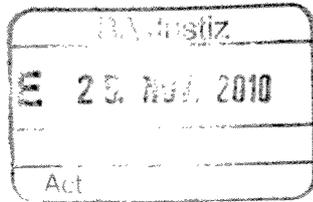
L'observation qui précède vaut également pour l'art. 245 ch. 1 al. 4 CP.

A l'art. 264 al. 2 phr. 2 CP, la référence à l'ancien art. 6^{bis} ch. 2 CP doit être remplacée par la mention de l'art. 7 al. 4 et 5 CP.

En vous remerciant par avance de bien vouloir donner à la présente la suite qu'elle comporte, je vous prie de croire, Monsieur le Doyen, à mes sentiments les meilleurs.



Prof. Bernhard Sträuli
Directeur du
Département de droit pénal



DIE SPITÄLER DER SCHWEIZ
LES HÔPITAUX DE SUISSE
GLI OSPEDALI SVIZZERI

Bundesamt für Justiz
Direktionsbereich Strafrecht
Bundesrain 20
3003 Bern

Bundesamt für Justiz



BJ-0000000616882

Ort, Datum
Ansprechpartner

Bern, 24. November 2010
Martin Bienlein

Direktwahl
E-Mail

031 335 11 13
martin.bienlein@hplus.ch

Vernehmlassungsantwort von H+ zum Bundesgesetz über die Harmonisierung der Strafrahmen im Strafgesetzbuch, im Militärstrafgesetz und im Nebenstrafrecht

Sehr geehrte Damen und Herren

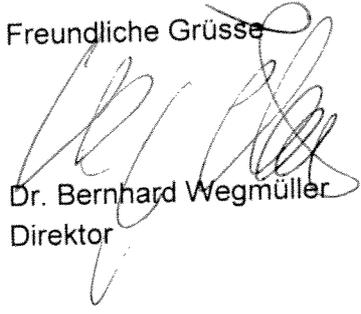
Als Spitzenverband der öffentlichen und privaten Schweizer Spitäler, Kliniken und Pflegeinstitutionen vertreten wir die Interessen unserer Mitglieder auf nationaler Ebene. Zufälligerweise haben wir von der laufenden Vernehmlassung zum Bundesgesetz über die Harmonisierung der Strafrahmen im Strafgesetzbuch, im Militärstrafgesetz und im Nebenstrafrecht erfahren. Da es in dieser Vorlage u.a. um erhöhte Strafen für falsche ärztliche Zeugnisse geht, sind auch die Spitäler, Kliniken und Pflegeinstitutionen betroffen und wir nehmen wie folgt Stellung:

Grundsätzlich erachten wir die Sanktionierung von falschem ärztlichen Zeugnis (Art. 318 StGB) als richtig. Wir zweifeln aber daran, dass die Erhöhung des möglichen Strafmasses zu weniger Straftatbeständen führt. Eine „Harmonisierung“ von Straftatbeständen kann nicht als alleiniges Argument dienen für die Erhöhung der Strafmasse. Insbesondere den höheren Straftatbestand bei fahrlässigem Verhalten erachten wir als kritisch, da hiermit die Defensivmedizin, d.h. die aufwändige und damit teure Abklärung von in der Regel einfachen medizinischen Sachverhalten gefördert wird.

Wir bitten Sie, H+ Die Spitäler der Schweiz künftig bei ähnlichen Anhörungen und Vernehmlassungen, bei dem die Spitäler, Kliniken und Pflegeinstitutionen betroffen sind, direkt zu begrüssen.

Wir danken Ihnen, dass Sie unsere Anliegen aufnehmen.

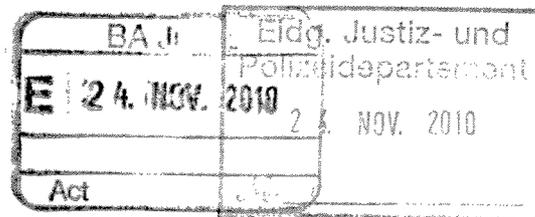
Freundliche Grüsse



Dr. Bernhard Wegmüller
Direktor

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

Bundesamt für Justiz
BJ-00000000616875



Das Generalsekretariat
CH - 1000 Lausanne 14
Tel. 021 318 91 02
Fax 021 323 37 00
Korrespondenznummer 10.9

An die Vorsteherin des
Eidg. Justiz- und Polizeidepartements
Frau Bundesrätin Simonetta Sommaruga
Bundeshaus West
3003 Bern

vorab per E-Mail an:
gilbert.mauron@bj.admin.ch

Lausanne, 23. November 2010/web

Vernehmlassungsverfahren - Bundesgesetz über die Harmonisierung der Strafrahmen im Strafgesetzbuch, im Militärstrafgesetz und im Nebenstrafrecht

Sehr geehrte Frau Bundesrätin

Frau Bundesrätin Widmer-Schlumpf hat das Bundesgericht eingeladen, bis zum 10. Dezember 2010 zum oben erwähnten Vernehmlassungsverfahren Stellung zu nehmen.

Das Bundesgericht dankt für die Gelegenheit zur Stellungnahme; wir teilen Ihnen mit, dass es auf eine solche verzichtet.

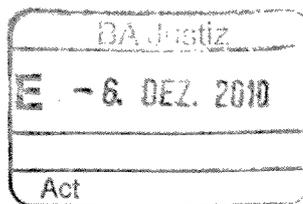
Wir versichern Sie, sehr geehrte Frau Bundesrätin, unserer ausgezeichneten Hochachtung.

Der Generalsekretär

Paul Tschümperlin

Dr. Paul Tschümperlin

Kopie an:
Bundesstrafgericht, Generalsekretariat



Bundesamt für Justiz
Direktionsbereich Strafrecht
Bundesrain 20
3003 Bern

Ihr Zeichen
Ihre Nachricht
Unser Zeichen
Ort und Datum

PRE//KP/FAB, Rs, Fr, Si, s.siegrist@bfu.ch
Bern, 6. Dezember 2010

Vernehmlassungsverfahren betr. des Bundesgesetzes über die Harmonisierung der Strafraumen im Strafgesetzbuch, im Militärstrafgesetz und im Nebenstrafrecht

Sehr geehrte Damen und Herren

Am 8.9.2010 hat das EJPD obgenanntes Vernehmlassungsverfahren eröffnet. Die bfu – Beratungsstelle für Unfallverhütung wurde nicht zur Stellungnahme eingeladen.

Da wir uns gestützt auf unseren gesetzlichen Auftrag unter anderem seit längerem nicht nur generell intensiv mit Strassenverkehrssicherheitsfragen, sondern speziell auch mit der Frage, welche Rolle Sanktionen zur Bekämpfung der Verkehrsdelinquenz spielen, befassen, erlauben wir uns, unter diesem Aspekt zur Vorlage Stellung zu nehmen. Unsere Stellungnahme beschränkt sich demnach auf die Art. 117, 125 und 129 des StGB sowie auf deren Bedeutung für die Bekämpfung der Verkehrsdelinquenz, insbesondere der Geschwindigkeitsunfälle. Beachten Sie bitte auch unsere Anregung in Ziffer 4 zu Art. 90 SVG.

1. Generelle Bemerkungen

Das Grundanliegen der Vorlage, dass eine angedrohte Strafe mit dem Wert des geschützten Rechtsgutes bzw. mit dem Unwert des sanktionierten Verhaltens korrelieren sollte, wird von uns unterstützt. Es muss dafür gesorgt werden, dass die Sanktionierung konsequent nach der durch das Delikt hervorgerufenen Gefährdung abgestuft wird. Denn wenn Straf- und Deliktsschwere nicht übereinstimmen, dürfte das Gerechtigkeitsempfinden der Bevölkerung und damit möglicherweise auch ihre Gesetzestreue negativ beeinflusst werden.

Bei Geschwindigkeitsunfällen werden auf Schweizer Strassen immer noch jedes Jahr 1250 Personen schwer verletzt und 160 Menschen getötet (Durchschnitt 2004 – 2008). Dabei steht für die bfu fest, dass sog. Raserfahrten im Einzelfall eine ungleich grössere objektive Unfallgefahr hervorrufen als leichte Übertretungen; sie sind aber bei weitem nicht die Ursache der Mehrheit der Unfälle. Es braucht einerseits Massnahmen gegen die kleine Hochrisikogruppe Raser, andererseits ist aber vor allem auch eine Präventions- und Sanktionsstrategie nötig, welche auf die breite Masse der

Geschwindigkeitssünder abzielt (z.B. Handlungsprogramm via sicura oder Kontrollstrategie)¹.

Wir teilen Ihre Auffassung, dass es der Systematik des StGB widersprechen würde, für die Tätergruppe der Raser einen eigenen Tatbestand schaffen zu wollen. Ein separater Rasertatbestand überzeugt auch deshalb nicht, da sich nach Auffassung der bfu die Probleme des Strassenverkehrs nur zu einem geringen Teil mit den Mitteln des Strafrechts lösen lassen. Bei der Frage, ob die Schwere einer Sanktion der Deliktsschwere Rechnung trägt, sind im Bereich Strassenverkehr unseres Erachtens alle Deliktsfolgen zu berücksichtigen, insbesondere auch der als «Hauptstrafe» empfundene Führerausweisentzug. Effektiv erachten wir im Bereich Strassenverkehrsdelikte die Kombination Führerausweisentzug und psychologisch fundierte Nachschulungskurse als wirksamste Sanktionsform, weil diese Administrativmassnahme bekannt ist und als die unangenehmste Deliktsfolge antizipiert wird. Diese Sanktionsform ist rückfallmindernd im Einzelfall (Spezialprävention) und abschreckend im generalpräventiven Sinn.

Ausserdem gehen wir davon aus, dass der Ausbau der polizeilichen Kontrolltätigkeit mit grosser Wahrscheinlichkeit einen bedeutenderen Beitrag zur Prävention und Sicherheit im Strassenverkehr leistet als die Verschärfung der strafrechtlichen Deliktsfolgen.

Trotz dieser Relativierung der Bedeutung der Vernehmlassungsvorlage für die Bekämpfung der Geschwindigkeitsunfälle ist es uns wichtig, zur Vorlage Stellung nehmen zu können.

2. Spezifische Bemerkungen

2.1. ad Art. 129 StGB (Einführung Mindeststrafe beim Tatbestand Gefährdung des Lebens)

Wir teilen die Auffassung von Killias², wonach von einer Verschärfung der Strafen keine lineare Abnahme der Deliktshäufigkeit zu erwarten ist.

Dennoch sind zur Senkung der Deliktsraten sowohl eine minimale Sanktionswahrscheinlichkeit – durch genügende Polizeikontrollen – als auch eine minimale Sanktionsschwere nötig³.

Von daher begrüssen wir den Vorschlag, beim Straftatbestand Gefährdung des Lebens neu eine Mindeststrafe von sechs Monaten Freiheitsstrafe anzudrohen. Mit einer minimalen Sanktionsschwere wird ein Beitrag zu einer verstärkten generalpräventiven Wirkung der Strafen geleistet.

¹ Ewert U, Scaramuzza G, Niemann S, Walter E. Der Faktor Geschwindigkeit im motorisierten Strassenverkehr. Bern: bfu- Beratungsstelle für Unfallverhütung, 2010. bfu-Sicherheitsdossier Nr. 06

² Killias, M. (2001). Précis de criminologie, 2ème édition. Berne: Stämpfli Editions SA.

³ Siegrist, S. (2008). Sanktionen zur Bekämpfung der Verkehrsdelinquenz: welche Rolle spielen sie und welche sind wirksam. In: René Schaffhauser (Hrsg), Jahrbuch zum Strassenverkehrsrecht 2008. St. Gallen: Schriftenreihe des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, Bd. 56

2.2. Gerichtspraxis betreffend strafbarer Handlungen gegen Leib und Leben, insbesondere ad Art. 117 StGB (Strafrahmenerweiterung bei der fahrlässigen Tötung)

Im erläuternden Bericht auf S. 10 wird zutreffend festgehalten, dass sich die Strafurteile heute nur vereinzelt in der oberen Hälfte des Strafrahmens bewegen; meistens liegen sie weit unter dieser Grenze. Diese Feststellung haben wir insbesondere auch bezogen auf die Anwendung der Art. 117, 125 und 129 StGB nach Verkehrsdelikten gemacht. Immerhin wurde in jüngster Vergangenheit die Bedeutung des Tatbestandes Gefährdung des Lebens durch die Rechtsprechung des Bundesgerichts erhöht. Im Entscheid 6B_1038/2009 vom 27.4.2010 hat das Bundesgericht eine echte Konkurrenz der fahrlässigen Tötung nach Art. 117 StGB und der Gefährdung des Lebens nach Art. 129 StGB bejaht und damit den Weg geöffnet für eine Erhöhung des Strafrahmens.

Die heutige Rechtsprechung zur Abgrenzung bewusste Fahrlässigkeit / Eventualvorsatz, wie sie seit dem Entscheid Gelfingen (BGE 130 IV 58) gehandhabt wird, führte zu einer Rechtsunsicherheit, unter anderem da damit die klaren Abgrenzungen zu bewusst fahrlässigem Verhalten erschwert wurden⁴.

Wenn nun beim Tatbestand der fahrlässigen Tötung das Strafmaximum auf 5 Jahre Freiheitsstrafe erhöht wird, sinkt sicher auch der Druck bzw. die Versuchung wegen der Beweisschwierigkeiten, in gewissen Fällen auf Eventualvorsatz auszuweichen, obwohl dies rechtlich verfehlt ist. Damit erhält der Tatbestand der fahrlässigen Tötung auch bei Strassenverkehrsdelikten mit Todesfolgen eine höhere Bedeutung.

Der Gesetzgeber kann mit der Strafrahmenerweiterung bei der fahrlässigen Tötung dazu beitragen, fragwürdige Entwicklungen der Rechtsprechung (Abgrenzung Eventualvorsatz / bewusste Fahrlässigkeit sowie Anforderungen an die Begründung der Strafzumessung, wenn man an die Obergrenze des Strafrahmens gelangen soll) zu korrigieren. Dadurch resultiert letztlich auch ein Gewinn an Rechtssicherheit.

Dieser Gewinn an Rechtssicherheit ändert indes nichts an der Tatsache, dass die bfu in der Verschärfung der strafrechtlichen Deliktsfolgen keinen zentralen Beitrag zur Prävention und Sicherheit im Strassenverkehr sieht. Der Vorschlag des Gesetzgebers – Erhöhung des Strafrahmens bei der fahrlässigen Tötung – wird nur deshalb begrüsst, da die Gerichte in Bezug auf eine bessere Ausschöpfung des heutigen Strafrahmens nicht zuletzt wegen der erwähnten Bundesgerichtlichen Rechtsprechung an ihre Grenzen stossen. Dadurch resultieren zum Teil bedenkliche Folgen, die das Gerechtigkeitsempfinden strapazieren. So kann z.B. aus dem Bundesgerichtsentscheid 6B_168/2010 vom 4.6.2010 abgeleitet werden, dass die mangelnde Erfahrung eines Neulenkers eher für Eventualvorsatz spricht, erprobte Raser mit langer unfallfreier Praxis jedoch eher auf Fahrlässigkeit hoffen dürfen. Solche Bundesgerichtsentscheide können die Gesetzestreue der Bürger – insbesondere der Verkehrsteilnehmenden – negativ beeinflussen. Der Vorschlag des Gesetzgebers gibt hier zu Recht Gegensteuer.

2.3. ad Art. 125 StGB (Strafrahmenerweiterung bei der fahrlässigen schweren Körperverletzung)

Wenn schon eine Strafrahmenerweiterung bei der fahrlässigen Tötung begrüsst wird, ist konsequenterweise auch dasselbe zu sagen bezüglich dem Tatbestand der fahrlässigen schweren Körperverletzung (Art. 125 Abs. 2 StGB).

⁴ Riklin, F. (2006). Eventualvorsätzliche Tötung im Strassenverkehr. In: Hubert Stöckli / Franz Werro (Hrsg.), Strassenverkehrsrechtstagung 2006. Bern: Stämpfli Verlag AG, S. 257 – 269

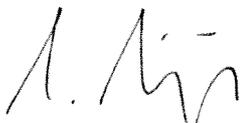
2.4. Anregung ad Art. 90 SVG

Insbesondere in Fällen, wo durch vorsätzliche Verletzung elementarer Verkehrsregeln das hohe Risiko eines Unfalls mit Toten oder Schwerverletzten eingegangen wird («Raserdiskussion»), erachten wir die heute zur Verfügung stehenden Straftatbestände als noch nicht optimal ausformuliert und aufeinander abgestimmt. Die bfu schlägt daher vor, dass die Frage noch näher geprüft wird, ob beim Art. 90 Ziffer 2 SVG eine Ergänzung gemacht werden kann, welche sich an der Zielformulierung von Art. 123c Abs. 1 der Eidgenössischen Volksinitiative «Schutz vor Rasern» orientiert. Der Vorschlag müsste dabei nicht auf Raser beschränkt werden, sondern sollte sich generell der Problematik qualifizierter Bestrafung vorsätzlicher und in erheblicher Weise risikoe erhöhender Verletzung elementarer Verkehrsregeln annehmen. Damit könnte der Gesetzgeber einen weiteren starken Beitrag leisten für mehr Rechtssicherheit.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Stellungnahme und stehen bei Rückfragen gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse

bfu

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'S. Siegrist', written over a light blue horizontal line.

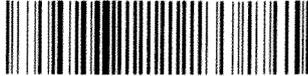
Stefan Siegrist, Dr. phil.
Leiter Forschung / Ausbildung
Stv. Direktor

Kopie zur Kenntnis:

Herr Werner Jeger, Fürsprecher, Vizedirektor ASTRA, Bundesamt für Strassen ASTRA, Abteilung Strassenverkehr, 3003 Bern

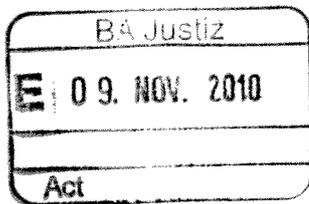


Bundesamt für Justiz



BJ-0000000617506

KONFERENZ DER KANTONALEN POLIZEIKOMMANDANTEN



Bundesamt für Justiz
Direktionsbereich Strafrecht
Herr Gilbert Mauron
Bundesrain 20
3003 Bern

Bern, 4. November 2010

Vernehmlassung zum Vorentwurf zum Bundesgesetz über die Harmonisierung der Strafrahmen im Strafgesetzbuch, Im Militärstrafgesetz und im Nebenstrafrecht; Mindeststrafe für Art. 285 StGB

Sehr geehrter Damen und Herren
Sehr geehrter Herr Mauron

Die Konferenz der Kantonalen Polizeikommandanten der Schweiz (KKPKS) dank Ihnen für die Möglichkeit, sich im Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens zum oben genannten Entwurf äussern zu dürfen.

Die KKPKS hat an ihrer ordentlichen Arbeitstagung (Plenarversammlung) vom 3. November 2010 das Geschäft beraten und nimmt basierend auf folgende Sachverhalte und Überlegungen gerne wie folgt Stellung:

Die folgenden Ausführungen beziehen sich auf den Tatbestand der *Gewalt und Drohung gegen Beamte* gemäss Art. 285 StGB und insbesondere auf die Mindeststrafe des Grundtatbestandes (Art. 285 Ziff. 1 StGB). Eine Stellungnahme zu weiteren Änderungen im Vorentwurf bleibt vorbehalten.

1. Zahlen und Fakten

Im Jahre 2008 erfasste beispielsweise die Stadtpolizei Zürich 222 Fälle von Gewalt und Drohung gegen Beamte, im ganzen Kanton Zürich waren 395 Fälle zu verzeichnen.

Im Jahre 2009 wurde ein Anstieg von 10.9% im Bereich der Gewalt und Drohung gegen Beamte registriert. Für den Kanton Zürich bedeutete dies 438 Fälle, davon ereigneten sich 291 Fälle in der Stadt Zürich.

CONFERENCE DES COMMANDANTS DES POLICES CANTONALES (CCPCS)

CONFERENZA DEI COMANDANTI DELLE POLIZIE CANTONALI (CCPCS)

Generalsekretariat, Haus der Kantone, Speichergasse 6, 3000 Bern 7, Telefon: 031 318 15 09, kkpks@kkjpd.ch



KONFERENZ DER KANTONALEN POLIZEIKOMMANDANTEN

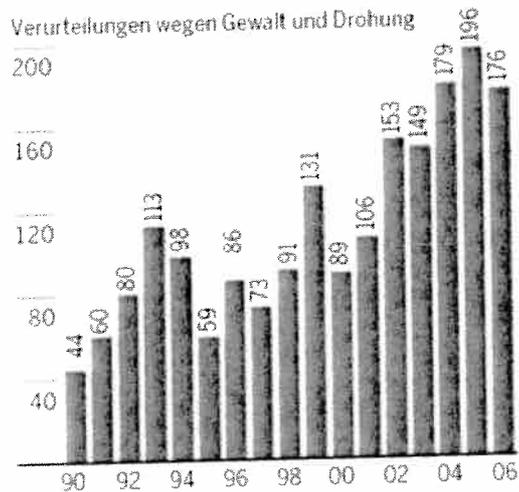
Vom aktuellen Jahr 2010 sind bis heute folgende Zahlen bekannt:

Kanton Zürich: 1. Quartal: 82 Fälle, 2. Quartal: 139 Fälle; Stadt Zürich: 1. Quartal: 51 Fälle, 2. Quartal: 90 Fälle.

Zu beachten ist, dass es sich bei diesen Fällen nicht nur um Straftaten gegen Polizisten sondern auch um Gewalt und Drohung gegen VBZ- und SBB-Personal handelt.

Nachfolgend eine Statistik von Verurteilungen wegen Gewalt und Drohung gegen Polizeibeamte:
(Quelle: Tagesanzeiger Online)

Gewalt gegen Polizeibeamte



TA-Grafik str. nr / Quelle: Polis

Diese Zahlen aus Zürich sind durchaus repräsentativ und lassen sich auf die ganze Schweiz projizieren und hochrechnen (worauf jedoch in casu verzichtet wird). Wie die Kriminalstatistik belegt, hat die Gewalt gegen die Polizei zwischen 2000 und 2008 um 160 % zugenommen. Dies ist ein massiver Gewaltanstieg, der betroffen macht und zu grosser Sorge Anlass gibt.

Nicht weniger (negativ) beeindruckend ist die statistische Auswertung des Bundesamtes für Statistik, Section Criminalité et droit pénal CRIME (die der KKPKS vorliegt):

Verurteilungen wegen Gewalt und Drohung gegen Beamte in den Jahren 2000 und 2009

- total: 598 ⇒ 1472
- davon als Hauptstraftat: 501 ⇒ 1249

Dies entspricht innert neun Jahren einer Zunahme von 246% bzw. 249%! Berücksichtigt man zudem die neuesten Zahlen aus dem laufenden Jahr, die noch nicht vom BFS statistisch erfasst sind, so zeichnet sich **innert zehn Jahren** beinahe eine **Verdreifachung** ab!

CONFERENCE DES COMMANDANTS DES POLICES CANTONALES (CCPCS)

CONFERENZA DEI COMANDANTI DELLE POLIZIE CANTONALI (CCPCS)

Generalsekretariat, Haus der Kantone, Speichergasse 6, 3000 Bern 7, Telefon: 031 318 15 09, kkpks@kkjpd.ch



KONFERENZ DER KANTONALEN POLIZEIKOMMANDANTEN

Deshalb ist es notwendig ein Zeichen zu setzen!

Beim qualifizierten Tatbestand des Art. 285 Ziff. 2 Abs. 2 StGB wird im Vorentwurf neu eine Mindeststrafe festgelegt, im Grundtatbestand von Art. 285 StGB, welchem im Alltag der Polizistinnen und Polizisten eine prioritäre Bedeutung zukommt, sind jedoch keine Änderungen vorgesehen.

Die Erfahrung im Kanton Zürich, die sich durchaus auch schweizweit bestätigen lässt, zeigt jedoch, dass von den Staatsanwaltschaften und den Gerichten in diesem Bereich (Grundtatbestand) häufig nur Bagatellstrafen (in der Regel tiefe Geldstrafen) ausgesprochen werden. Es ist notwendig, dass auch beim Grundtatbestand der Gewalt und Drohung gegen Beamte – wie bei verschiedenen anderen Tatbeständen ebenfalls vorgesehen – eine Mindeststrafe eingeführt wird.

2. Begründung

Polizisten werden immer öfter als Feind denn als Freund behandelt. 97 % der Zürcher Stadtpolizisten sind gemäss der Studie des Institutes für Strafrecht und Kriminologie der Universität Bern der Meinung, dass die Gewalt gegen die Ordnungshüter zugenommen habe. Ein Drittel der Mitarbeiter bei der Stadtpolizei Zürich fürchtet sich bei der täglichen Arbeit von tätlichen Angriffen und möglichen Verletzungen. Auch diese Sachverhalte haben durchaus repräsentativen Charakter für die ganze Schweiz.

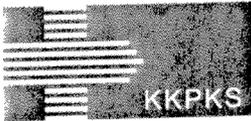
Mit einer Mindeststrafe könnte angesichts der tendenziell zunehmenden Problematik der Gewalt gegen Polizeipersonen und anderen Amtspersonen ein klares Zeichen gesetzt werden, dass es sich beim Tatbestand der Gewalt und Drohung nicht um ein Kavaliersdelikt handelt. Somit wären auch die Gerichte gezwungen den Strafrahmen angemessener auszuschöpfen. Psychologisch gesehen könnte mit der Einführung einer Mindeststrafe zudem den Polizisten und Polizistinnen bei ihrer täglichen Arbeit rechtlich der Rücken gestärkt werden.

Um den verschiedenen möglichen Einzelfallkonstellationen und dem unterschiedlichen denkbaren Verschulden gerecht zu werden, könnte die Mindeststrafe (analog wie bei Ziff. 2) auf gravierende Verhaltensweisen beschränkt werden, d.h. auf den erschwerenden Umstand der Gewaltanwendung.

Es ist nicht ersichtlich, warum der Teilnehmer an einer öffentlichen Zusammenrottung (z.B. Demonstration oder Fussballspiel), der Gewalt an Personen oder Sachen verübt, mit mindestens 90 Tagessätzen Geldstrafe belegt werden soll, derjenige der die gleiche Verhaltensweise als Einzeltäter oder in einer kleinen Gruppe ausserhalb einer Zusammenrottung ausführt, keiner solchen Mindeststrafe unterliegt. Der Unrechtsgehalt und die Gefährlichkeit der Handlung sind die gleichen.

3. Vorschlag einer Gesetzesanpassung

Beim Grundtatbestand von Art. 285 StGB ist neben der Höchststrafe von 3 Jahren eine Mindeststrafe einzuführen. Dies als Zeichen gegen statistisch belegte und von den Beamten gefühlte tendenziell zunehmende Gewalt gegen Amtspersonen.



KONFERENZ DER KANTONALEN POLIZEIKOMMANDANTEN

Die Tatbestandsvarianten von Art. 285 Ziff. 1 Abs. 1 „*wer durch **Gewalt** (...)*“ und „*während einer Amtshandlung **tätlich angreift***“ sind mit einer **Mindeststrafe von 90 Tagessätzen** zu versehen (analog zu Ziff. 2 Abs. 2).

Es soll damit in Bezug auf die Mindeststrafe nicht unterschieden werden, ob eine Person als Einzeltäter oder als Teilnehmer einer öffentlichen Zusammenrottung handelt.

Wir danken Ihnen für Ihre Kenntnisnahme und wohlwollende Prüfung unseres Vorschlages.

Mit freundlichen Grüssen

Pierre Nidegger
Präsident KKPKS

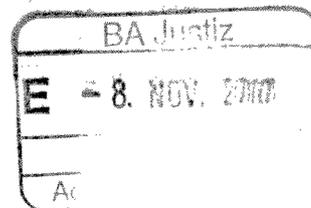
Hinweis:

Entsprechende Kampagne des Schweizerischen Polizeibeamten-Verbandes:

http://www.vspb.org/de/themen_events_ausbildung/gewalt_gegen_die_polizei/

Konferenz der Kantonalen Leiter Justizvollzug

Der Präsident



Bundesamt für Justiz



Bundesamt für Justiz
Direktionsbereich Strafrecht
Bundesrain 20
3003 Bern

Zürich, 5. November 2010

Bundesgesetz über die Harmonisierung der Strafrahmen im StGB, im MStG und im Nebenstrafrecht - Vernehmlassungsverfahren

Sehr geehrte Damen und Herren

Wir nehmen Bezug auf Ihre Einladung zur Vernehmlassung zu rubriziertem Vorentwurf und danken Ihnen für die Gelegenheit zur Stellungnahme.

Wir halten eine Harmonisierung der Strafrahmen in den Strafgesetzbüchern und im Nebenstrafrecht grundsätzlich für sehr sinnvoll; die zahlreichen Teilrevisionen der letzten Jahre führten in der Tat zu Disparitäten. Wir halten es jedoch für wichtig, dass die Harmonisierung nicht zur Hauptsache zu einer Verschärfung führt, wie es offenbar im Zeitgeist liegt, sondern sie muss nach beiden Richtungen hin offen sein. Nun ist es natürlich nicht primär Sache des Justizvollzuges vertieft zu prüfen, ob die Vorlage in diesem Sinne ausgewogen ist. Wir verzichten deshalb auf eine vertiefte Stellungnahme. Immerhin erlauben wir uns darauf hinzuweisen, dass eine Erhöhung der Strafrahmen tendenziell zu längeren Freiheitsstrafen und damit zu einem gesteigerten Bedarf an (geschlossenen) Vollzugspätzen führt, was mit erheblichen Mehrkosten verbunden sein wird.

Zudem besteht insofern ein Zusammenhang zwischen dieser Vorlage und der laufenden Revision des AT StGB, als dass durch eine Zurückdrängung der Alternativen zur Freiheitsstrafe einerseits und die Erhöhung der Strafrahmen andererseits das ursprüngliche, von uns für richtig befundene Ziel der Zurückdrängung von (kurzen) Freiheitsstrafen wohl definitiv preisgegeben wird.

Freundliche Grüsse
Für die KKLJV
Der Präsident:

Dr. Thomas Manhart

Der Sekretär: lic.iur. Chr. Winkler, c/o Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich, Selnaustrasse 28, Postfach, 8027 Zürich
Tel.-Nr. 044 296 95 02 - Fax-Nr. 044 296 95 95 - E-Mail: christoph.winkler@jj.zh.ch; Internet: www.skg-ssdp.ch

An das
Bundesamt für Justiz
Direktionsbereich Strafrecht
Bundesrain 20
3003 Bern

Zürich, 2. November 2010

Vernehmlassung zum Bundesgesetz über die Harmonisierung der Strafrahmen im Strafgesetzbuch, im Militärstrafgesetz und im Nebenstrafrecht

Sehr geehrte Damen und Herren

Die Schweizerische Kriminalistische Gesellschaft bedankt sich für die Gelegenheit, zum Bundesgesetz über die Harmonisierung der Strafrahmen im Strafgesetzbuch, im Militärstrafgesetz und im Nebenstrafrecht Stellung nehmen zu können.

Die SKG hat sich im laufenden Jahr in vertiefter Weise mit den folgenden Gesetzgebungsprojekten auseinandergesetzt:

- Änderung des Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes betreffend die organisierte Suizidhilfe
- Vernehmlassung zum Vorentwurf des Gesetzes über die polizeilichen Aufgaben des Bundes
- Vorentwurf BÜPF
- Vorentwurf betreffend Umsetzung von Art. 123b BV über die Unverjährbarkeit sexueller und pornografischer Straftaten an Kindern vor der Pubertät
- Änderung des Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (Änderung des Sanktionenrechts).

Leider fehlen in der SKG die Kapazitäten, um im selben Jahr auch noch das bedeutende Projekt der Harmonisierung der Strafrahmen seriös analysieren und diskutieren zu können. Es stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage, ob sich das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement bewusst ist, dass die Vernehmlassungen zufolge der hohen Belastung der Adressaten mit einer Vielzahl von Projekten an Qualität einbüßen könnten.

Die SKG hofft, dass alle diese Revisionsvorhaben nicht einzeln, sondern gesamthaft unter Wahrung einer ausreichenden Frist in Kraft gesetzt werden. Damit könnte erreicht werden, dass sich der Aufwand für die Umsetzung der Reformen in der Praxis einigermaßen in Grenzen hält.

Mit vorzüglicher Hochachtung

SCHWEIZERISCHE
KRIMINALISTISCHE GESELLSCHAFT

Der Präsident:



A. Donatsch

Der Sekretär:



Chr. Winkler

KRAUER WALTER
Am Börtli 6
CH-8049 ZÜRICH

Bundesamt für Justiz



BJ-00000000634417

An den Gesamt-Bundesrat
Bundeshaus
3005 Bern

BUNDESKANZLEI

20. OKT. 2010

8-DJ-?

EDA

EDI

EJPD

VBS

EFD

EVD

UVEK

BK

SRG

Empfang

bestätigt

Zürich, 16. 10. 2010

Sehr geehrte Bundesräte u. Bundesrätinnen
Sehr geehrte Damen u. Herren,

mit tiefen Schauder und Entsetzen musste ich am, vergangenem Freitag Abend in der Sendung 10 vor 10 Nachrichten im Fernsehen anhören, dass der Bundesrat das Gesetz u. Verbot der Inzucht und Inzest, das heisst: den Geschlechtsverkehr zwischen engsten Blutsverwandten aufheben will. Wenn denn nun wirklich so ist, muss ich mich doch heutzutage fragen, ob der Bundesrat in Bern noch würdig ist, sich als Volkvertreter auszugeben. Es ist zwar schon längst nicht mehr mein, dass mannd die Regierung in Bern für das Schweizer Volk zweifeln muss, doch mit dieser neuen lächerlichen Gottesfeindlichen Aktion haben Sie den Bogen überspannt. Ist Ihnen nicht bewusst, dass Sie mit diesem Handeln die ganze Nation destabilisieren und in die söllige Irre führen, wo doch Gottes Gebote u. Gesetze uns Menschen Ordnung und Richtlinien mit auf unserm Weg gegeben sind? Diese Weisungen wollen Sie durchbrechen? Wohlan, der Herr

hat auch kundgetan, was geschehen wird: Ich zitiere
aus der Bibel, die Sie offenbar so sehr beachten.

Sie Könige (Bundesräte) der Erde belmen sich auf
und die Herren halten das miteinander wider den HERRN
und seinen Gesalbten: Lasset uns zerreißen ihre Bände,
und von uns werfen ihre Stricke!

Aber der im Himmel wohnt, lachet ihrer, und der HERR
spottet ihrer. Einst wird er mit ihnen reden in seinem
Korn, und mit seinem Grimm wird er sie schrecken.

Sein Korn wird bald enttrennen, wohl allen, die auf
ihn vertrauen. (Psalm 2, 1-5 u. 126)

Das ist eine ganz deutliche Warnung. Ist Ihnen nicht be-
wusst, was mit Sodom und Gomorra geschehen ist, weil
sie in solchen gottlosen Ausschweifungen lebten. Wenn Ihr,
die sich Vertreter des Volkes nennen, solche Gräu- + Ferwis-
sungen in die Wege leiten, wie gross wird Gottes Gericht
über harron? Wenn bei Vereidigungen für die in den Bundes-
rat gewählten Menschen beim Schwur drei Finger mit ge-
senktem Arm nach unten zeigen, so bedeutet dies ein
Pakt mit dem Teufel, dessen Auswirkungen deutlich ersicht-
lich sind, denn was der Mensch sät, wird er ernten.

Ich ersuche Sie alle, die Ihr für diesen verwerf-
lichen Pakt an Gott zugesimmt habt, von diesem Vorhaben
abzusehen, ansonsten ist jegliche Glaubwürdigkeit im Bun-
desrat gerichtet. Tut Buße, so wird Gott Euch machen.

Mit freundlichen Grüßen,

W Kraus

Beilage: 1 Kopie aus der Bibel 3. Mose 18, 1-29

Verbot geschlechtlicher Verirrungen

18 Und der HERR redete mit Mose und sprach:

¹Rede mit den Israeliten und sprich zu ihnen: Ich bin der HERR, euer Gott.

²Ihr sollt nicht tun nach der Weise des Landes Ägypten, darin ihr gewohnt habt, auch nicht nach der Weise des Landes Kanaan, wohin ich euch führen will. Ihr sollt auch nicht nach ihren Satzungen wandeln,^a

^a 2. Mose 23,24

³sondern nach meinen Rechten sollt ihr tun und meine Satzungen sollt ihr halten, daß ihr darin wandelt; ich bin der HERR, euer Gott.

⁴Darum sollt ihr meine Satzungen halten und meine Rechte. Denn ^ader Mensch, der sie tut, wird durch sie leben; ich bin der HERR.

^a Neh 9,29; Hes 20,11; Röm 7,10; 10,5; Gal 3,12

⁵Keiner unter euch soll sich irgendwelchen Blutsverwandten nahen, um mit ihnen geschlechtlichen Umgang zu haben; ich bin der HERR.

⁶Du sollst mit ^adeinem Vater und deiner leiblichen Mutter nicht Umgang haben. Es ist deine Mutter, darum sollst du nicht mit ihr Umgang haben.

^a 1. Mose 19,32

⁷Du sollst mit der ^aFrau deines Vaters nicht Umgang haben; denn damit schändest du deinen Vater.

^a 1. Mose 35,22; 5. Mose 27,20; 2. Sam 16,22; 1. Kor 5,1

⁸Du sollst mit ^adeiner Schwester, die deines Vaters oder deiner Mutter Tochter ist, sie sei in oder außer der Ehe geboren, nicht Umgang haben.

^a 5. Mose 27,22

⁹Du sollst mit der Tochter deines Sohnes oder deiner Tochter nicht Umgang haben, damit schändest du dich selbst.

¹⁰Du sollst mit der Tochter der Frau deines Vaters, die deinem Vater geboren ist und deine Schwester ist, nicht Umgang haben.

¹¹Du sollst mit der ^aSchwester deines Vaters nicht Umgang haben; denn sie ist deines Vaters Blutsverwandte.

^a 2. Mose 6,20

¹²Du sollst mit der Schwester deiner Mutter nicht Umgang haben; denn sie ist deiner Mutter Blutsverwandte.

¹³Du sollst den Bruder deines Vaters nicht damit schänden, daß du seine Frau nimmst; denn sie ist deine Verwandte.

¹⁴Du sollst mit ^adeiner Schwiegertochter nicht Umgang haben, denn sie ist deines

Sohnes Frau; darum sollst du nicht mit ihr Umgang haben.

^a 1. Mose 38,16

¹⁵Du sollst mit ^ader Frau deines Bruders nicht Umgang haben; denn damit schändest du deinen Bruder.

^a Kap 20,21; Mk 6,18

¹⁶Du sollst nicht mit einer Frau und mit ihrer Tochter Umgang haben, noch mit ihres Sohnes Tochter oder ihrer Tochter Tochter; denn sie sind ihre Blutsverwandten, und es ist eine Schandtat.

¹⁷Du sollst die Schwester deiner Frau nicht zur Nebenfrau nehmen und mit ihr Umgang haben, solange deine Frau noch lebt.

¹⁸Du sollst nicht zu einer Frau gehen, solange sie ihre Tage hat, um in ihrer Unreinheit mit ihr Umgang zu haben.^a

^a Kap 15,19,24; Hes 18,6; 22,10

¹⁹Du sollst auch nicht bei ^ader Frau deines Nächsten liegen, daß du an ihr nicht unrein wirst.

^a 2. Sam 11,4

²⁰Du sollst auch nicht eins deiner Kinder geben, daß es ^adem Moloch geweiht werde, damit du nicht entheiligst den Namen deines Gottes; ich bin der HERR.

^a 5. Mose 18,10; 2. Kön 21,6; Ps 106,37; Jer 7,31

²¹Du sollst nicht bei einem Mann liegen wie bei einer Frau; es ist ein Greuel.^a

^a Kap 20,13; 1. Mose 19,5; Röm 1,27; 1. Kor 6,9

²²Du sollst auch ^abei keinem Tier liegen, daß du an ihm unrein wirst. Und ^bkeine Frau soll mit einem Tier Umgang haben; es ist ein schändlicher Frevel.

^a 2. Mose 22,18 ^b Kap 20,16

²³Ihr sollt euch mit nichts dergleichen unrein machen; denn mit alledem haben sich die Völker unrein gemacht, die ich vor euch her vertreiben will.

²⁴Das Land wurde dadurch unrein, und ich suchte seine Schuld an ihm heim, daß das Land seine Bewohner ausspie.

²⁵Darum haltet meine Satzungen und Rechte und tut keine dieser Greuel, weder der Einheimische noch der Fremdling unter euch -

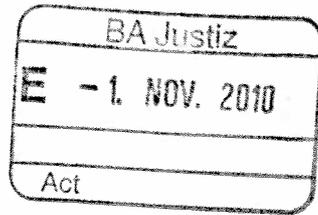
²⁶denn alle solche Greuel haben die Leute dieses Landes getan, die vor euch waren, und haben das Land unrein gemacht -

²⁷damit nicht auch euch das Land ausspie, wenn ihr es unrein macht, wie es die Völker ausgespien hat, die vor euch waren.

²⁸Denn alle, die solche Greuel tun, werden ausgerottet werden aus ihrem Volk.



CENTRE PATRONAL



Bundesamt für Justiz



BJ-00000000616745

Route du Lac 2
1094 Paudex

Case postale 1215
1001 Lausanne

Tél. 021 796 33 00
Fax 021 796 33 11
info@centrepatronal.ch
www.centrepatronal.ch

CCP 10-13744-9
TVA/MWSt 270 039

Monbijoustrasse 14
Postfach 5236
3001 Bern
Tel. 0313 909 909
Fax 0313 909 903
cpbern@centrepatronal.ch

Office fédéral de la justice
Domaine de direction Droit pénal
A l'att. de M. Gilbert Mauron
Bundesrain 20
3003 Berne

Paudex, le 29 octobre 2010
FD/aja

Procédure de consultation – Loi fédérale sur l'harmonisation des peines dans le code pénal, le code pénal militaire, et le droit pénal accessoire

Monsieur,

Nous avons pris connaissance de la consultation relative au projet mentionné sous rubrique. Après avoir étudiés les documents mis à disposition, nous sommes en mesure de vous transmettre ci-après notre position.

I. Remarques générales

Comme nous l'avons indiqué, dans notre réponse du 9 septembre 2010 relative à la modification du code pénal et du code pénal militaire (réforme du droit des sanctions), le droit pénal doit rester dissuasif et répressif. Il est donc fondamental que les sanctions soient adaptées à l'évolution de notre société et qu'elles restent en adéquation avec les valeurs défendues et protégées par celle-ci. Ainsi, la révision périodique des sanctions dans le code pénal, le code pénal militaire et le droit pénal accessoire paraît en soi opportune, pour autant qu'il ne s'agisse pas de réforme permanente qui porterait atteinte à la sécurité juridique.

Toutefois, si les sanctions doivent être en adéquation avec les valeurs actuelles de notre société, celles-là n'ont pas être dictées par celle-ci sous prétexte que, dans quelque cas isolés, la sanction infligée au délinquant heurte l'opinion publique. Aussi, si le fait d'augmenter la durée maximale de la peine tend à accroître le rôle répressif du droit pénal, il ne faut pas perdre de vue qu'il augmente l'insécurité juridique.

Enfin, nous n'avons pas de remarques particulières à formuler s'agissant des modifications d'ordre linguistique (tel que le remplacement du terme « celui qui » par « quiconque », de la forme du futur par la forme du présent).

II. Loi fédérale sur l'harmonisation des peines dans le code pénal, le code pénal militaire, et le droit pénal accessoire

A. Code pénal (CP)

Les infractions qui n'ont subi que des modifications d'ordre linguistique ne sont pas énumérées ci-dessous pour les raisons explicitées sous chiffre I. En outre, hormis les dispositions visées au chiffre 2 ci-dessous, nous mentionnons ci-après les articles qui appellent des commentaires particuliers.

1. Articles 123 chiffre 1 alinéa 2, 129, 135, 139, 143bis, 144 al. 3, 144bis, 146, 147, 148, 150bis, 153, 156 ch. 2, 157 ch. 2, 158, 160, 168, 174 ch. 2, 177, 179, 179septies, 184, 186, 187, 189, 191, 194, 195, 200, 219, 221, 222, 223, 224, 226, 226bis, 227, 228, 231, 232, 233, 234, 235, 236, 239, 240, 241, 242, 243, 244, 245, 246, 250, 251, 259, 260quater, 266bis, 268, 270, 282, 283, 285, 286, 292, 294, 296, 297, 298, 303, 304, 305, 305bis, 306, 307, 308, 310, 311, 317, 318, 319, 322bis, et 332 CP

Nous n'avons pas de remarques particulières à formuler.

2. Article 116 CP (infanticide)

Le Département fédéral de justice et police (DFJP) envisage de supprimer cette disposition dès lors que « la situation sociale et financière d'une future mère célibataire se présente de manière fondamentalement différente, si bien que les motifs [...] justifiant une atténuation de la peine ont perdu leur validité » (p. 14 du rapport explicatif). En outre, il est relevé qu'une atténuation de la peine pourra s'opérer par le biais notamment des dispositions générales du code pénal, voire par l'application de l'article 113 CP. Enfin, les actes délictueux seraient désormais sanctionnés par les dispositions 111, 112 et 113 CP.

Ce point de vue paraît erroné dans la mesure où, d'une part, les articles 111 et 112 CP fixent des peines minimales nettement plus importantes que l'actuelle peine maximale de l'infanticide, ce qui conduira le magistrat à juger nettement plus sévèrement cette infraction et ce même en appliquant les dispositions de la partie générale du CP. D'autre part, l'article 113 CP est d'application restrictive dès lors que le délinquant doit être en proie à une émotion violente que les circonstances rendaient excusables. Enfin, on peine à comprendre les raisons de la suppression de cette disposition dès lors que les tendances actuelles prônent plutôt la facilitation de l'avortement et, en tous les cas, pas un durcissement des sanctions. Par conséquent, nous sommes opposés à la suppression, sans motif justificatifs, de l'article 116 CP qui conserve toute son utilité pour punir un acte commis dans des circonstances particulières, soit pendant l'accouchement ou lorsque la mère se trouvait sous l'influence d'un état puerpéral, et qui doit continuer de faire l'objet d'une disposition spécifique.

3. Article 117 CP (homicide par négligence)

Le Département souhaite augmenter à cinq ans la durée maximale de la peine privative de liberté en raison du comportement de certains conducteurs dangereux qui pratiquent notamment la course poursuite sur l'autoroute. En outre, il entend relativiser la portée de la distinction entre l'homicide par négligence et le meurtre par dol éventuel.

Il y a lieu de relever que, dans la majorité des cas d'homicides par négligence, l'auteur regrette profondément son acte et culpabilise toute sa vie. L'auteur est donc déjà puni de son comportement et nous ne voyons pas de raison pour augmenter la durée maximale de la peine. En outre, si certains comportements routiers méritent une sanction importante, cela ne justifie aucunement que la durée maximale de la peine pour l'ensemble des homicides par négligence soit revue à la hausse. On ne saurait se baser sur l'exception pour fixer la règle. Enfin, la distinction entre la négligence consciente et le dol éventuel est fondamentale et doit perdurer. En voulant atténuer les effets de la distinction, il est porté atteinte à l'individualisation de la peine, ce qui n'est pas acceptable. Par conséquent, nous sommes défavorables à l'augmentation de la durée maximale de la peine privative de liberté pour cette infraction.

4. Article 118 al. 1 à 3 CP (interruption de grossesse punissable)

Le renvoi de l'article 118 alinéa 3 CP à l'article 19 alinéa 1^{er} CP n'est pas exact. Il s'agit en réalité du renvoi à l'article 119 alinéa 1^{er} CP. Ainsi, l'article 118 alinéa 3 devrait prévoir que « [...], sans que les conditions fixées à l'art. 119, al. 1, soient remplies, est punie d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire ».

5. Article 122 CP (lésions corporelles graves)

Si nous ne sommes pas opposés au relèvement de la durée minimale de la peine privative de liberté à deux ans, la rédaction prévue de cette disposition ne résiste en revanche pas au flanc de la critique. En effet, il est prévu que le délinquant soit « puni d'une peine privative de liberté de plus de deux à dix ans ». Cette tournure est peu claire. Il y aurait lieu de prévoir que le délinquant sera « puni d'une peine privative de liberté de deux ans au moins, mais de dix ans au plus ».

6. Article 125 alinéa 2 CP (lésions corporelles par négligence)

Pour les mêmes raisons que celles évoquées à l'article 117, nous sommes opposés à l'augmentation de la durée maximale de la peine privative de liberté. Au surplus, la rédaction prévue doit être revue en ce sens que la deuxième phrase à l'alinéa 1^{er} doit être supprimée.

7. Article 128bis CP (fausse alerte)

Le Département envisage de réduire la durée maximale de la peine privative de liberté de trois ans à une année au motif que cette infraction constitue une forme particulière

d'entrave à un tiers dans l'acte de prêter secours et qu'en comparaison à la peine prévue à l'article 128 CP, le peine privative de liberté de trois ans est trop haute.

En réalité, cette infraction constitue un délit de mise en danger abstraite dès lors que les services de sécurité publics sont dérangés inutilement et ne peuvent donc pas secourir des personnes qui auraient effectivement besoin d'aide (José Hurtado Pozo, Droit pénal, Partie spéciale 1, 3^{ème} éd., Zurich, 1997, pp. 161-162, n° 576ss). Ainsi, au vu des éventuelles lourdes conséquences de cette infraction, nous sommes d'avis qu'il n'y a pas lieu de réduire la durée de la peine maximale.

8. Article 133 CP (rixé)

Nous sommes opposés à l'augmentation de la durée maximale de la peine privative de liberté de cette infraction. En effet, il est justifié de prévoir une durée de peine inférieure à celle de l'agression visée à l'article 134 CP dès lors que la rixe « *est un combat général et réciproque* » par opposition à l'agression qui « *ne vise qu'un petit nombre de victimes, déterminées à l'avance et qui restent passives à l'agression* » (ATF 106 IV 246 ; Christian Favre, Marc Pellet, Patrick Stoudmann, Code pénal annoté, 3^{ème} éd., Lausanne, 2007, p. 345, n° 1.3 ad art. 134 CP). Ainsi, la rixe n'est pas une bagarre prévue à l'avance à l'encontre de personnes déterminées, il n'y a donc pas préméditation, ce qui justifie une peine différente et inférieure à celle de l'agression.

9. Articles 140 al. 4 (brigandage)

Le Département justifie une réduction de la durée minimale de la peine privative de liberté car il souhaite harmoniser la quotité de la peine avec celle prévue par les autres dispositions réprimant un traitement cruel de la victime (art. 184, 189 al. 3 et 190 al. 3 CP). Or, ce raisonnement ne tient pas. En effet, l'acte réprimé à l'article 140 al. 4 CP vise non seulement un traitement cruel de la victime, mais également une mise en danger de mort ou une lésion corporelle grave. Ainsi, une peine minimale supérieure à celle prévue aux articles 184, 189 al. 3 et 190 al. 3 CP est parfaitement justifiée. Il n'y a donc pas lieu d'abaisser la durée minimale de la peine privative de liberté de l'article 140 al. 4 CP.

10. Articles 155 ch. 2, 171 al. 2, 171bis CP (falsification de marchandises, concordat judiciaire, révocation de la faillite)

Sans justification, le Département envisage d'augmenter, à l'article 155 ch. 2 CP, la durée maximale de la peine privative de liberté de trois à cinq ans. Dans la mesure où aucun motif ne fonde cette augmentation, nous ne pouvons y souscrire et la durée maximale de la peine privative de liberté doit être maintenue à trois ans.

Quant à l'article 171 al. 2 CP, à nouveau, sans justification convaincante, le Département envisage de supprimer cette disposition. En effet, s'agissant de la réparation, nous ne voyons pas pourquoi des critères différents ne pourraient pas s'appliquer en fonction de l'infraction visée, dès lors que les biens juridiquement

protégés peuvent être différents. Le bien juridiquement protégé par cette disposition est le patrimoine. Il paraît adéquat d'assouplir les critères de la réparation permettant de renoncer à une peine par rapport à ceux exigés pour un délinquant portant atteinte à l'intégrité physique d'une victime. Ainsi, cette disposition doit être maintenue. Il en va de même pour l'article 171bis CP. Il y a donc également lieu de maintenir cet article.

11. Article 170 CP (obtention frauduleuse d'un concordat judiciaire)

La teneur de l'article 170 alinéa 1^{er} CP doit être modifiée dès lors que les termes « induit en erreur » se retrouvent mentionnés deux fois dans cette disposition. Ainsi, cette disposition doit prévoir que « Le débiteur qui, [...], induit en erreur, [...], sur sa situation pécuniaire ses créanciers, le commissaire au concordat ou l'autorité compétente ».

12. Article 178 CP (prescription)

Sans justification, le Département entend supprimer cette disposition qui prévoit un délai de prescription plus court pour les délits contre l'honneur. Un délai de prescription plus court est parfaitement justifié dès lors que le bien juridiquement protégé ne paraît pas nécessiter le même délai de prescription qu'une infraction portant par exemple atteinte à l'intégrité physique de la victime. En outre, en supprimant un tel délai, on ne peut exclure une augmentation du nombre d'affaires portées devant les tribunaux. Ainsi, cette disposition doit être maintenue.

13. Article 179quinquies alinéa 2 CP (enregistrements non punissables)

Nous pouvons saluer la volonté du Département de clarifier cet alinéa. En revanche, la modification proposée n'est pas satisfaisante dès lors qu'elle est ambiguë. En effet, d'un côté, le Département soutient, avec raison, que seul l'usage des enregistrements obtenus conformément à l'article 179quinquies alinéa 1^{er} est licite et doit être utilisé comme moyen de preuve et, d'un autre côté, en interdit la transmission à des tiers, ce qui paraît contradictoire. Aussi, de manière à respecter la volonté du législateur, l'alinéa 2 devrait se contenter de prévoir que quiconque conserve, tire profit ou rend accessible à un tiers un enregistrement obtenu conformément à l'alinéa 1^{er} n'est pas punissable, sous réserve de la loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données.

14. Articles 188, 192, 193 CP (actes d'ordre sexuel avec des personnes dépendantes, actes d'ordre sexuel avec des personnes hospitalisées détenues ou prévenues, abus de détresse)

La suppression de la peine pécuniaire pour ces infractions n'appelle pas de remarques particulières. En revanche, supprimer la possibilité d'exemption de poursuite ou de peine si la victime a contracté mariage ou conclu un partenariat enregistré avec l'auteur ne paraît pas justifié. En effet, la relation entre la victime et l'auteur peut évoluer et, si celle-là décide de construire son avenir avec l'auteur, nous ne voyons pas pour quelle

raison ce dernier devrait faire les frais d'une poursuite pénale. Ainsi, cette possibilité doit être maintenue.

15. Article 197 CP (pornographie)

Nous n'avons pas de remarques particulières à formuler excepté s'agissant des termes « actes sexuels non effectifs avec des enfants » qui ne sont pas clairs et laissent à penser que cette disposition s'appliquerait même en l'absence de tout acte d'ordre sexuel. Afin d'éviter toute ambiguïté, il paraît préférable de les remplacer par « actes sexuels virtuels avec des enfants ». En outre, les lettres b des alinéas 3, 3bis et 4 de l'article 197 CP devraient viser, conformément au texte allemand, des actes sexuels effectifs avec des enfants plutôt que des actes de violence effectifs avec des enfants. Ainsi, il y a lieu de modifier cette disposition sur ces points.

16. Article 213 CP (inceste)

Nous sommes opposés à la suppression de cette disposition. L'argumentation du Département ne convainc pas. En effet, cette disposition est justifiée, d'une part, pour des motifs de préservation de la famille et, d'autre part, pour des motifs liés à l'eugénisme. Ainsi, c'est à tort que le Département estime que cette disposition n'a plus de raison d'être en raison de l'avènement des familles recomposées. En outre, la suppression de cette disposition n'est socialement pas admissible et des motifs liés à l'eugénisme justifient également le maintien de cette disposition, même si l'infraction est réalisée indépendamment d'une grossesse ou d'une naissance d'un enfant. Cet article réprime un délit contre la famille qui conserve un caractère dissuasif. Cette disposition garde donc son utilité et doit être maintenue.

17. Article 225 CP (emploi sans dessein délictueux)

Nous n'avons pas de remarques particulières à formuler excepté que, sans justifications, le Département a décidé de supprimer l'article 225 alinéa 2 CP qui prévoyait que, dans le cas de peu de gravité, le juge peut prononcer l'amende. Le Département justifie ladite suppression par le fait que le comportement et la peine prévus à l'actuel article 225 alinéa 2 CP s'inscrivent désormais dans ceux prévus à l'alinéa 1^{er} et au nouvel alinéa 2. Un tel point de vue ne saurait être suivi dans la mesure où notamment le comportement et la peine visés par le nouvel alinéa 2 sont en réalité déjà visés par l'actuel alinéa 1^{er}. Par conséquent, la possibilité, voire l'obligation, pour le juge de prononcer l'amende dans les cas de peu de gravité doit être maintenue.

18. Articles 229 et 230 CP (violation des règles de l'art de construire, supprimer ou omettre d'installer des appareils protecteurs)

Sans raison, le Département envisage d'augmenter la durée maximale de la peine privative de liberté de trois à cinq ans alors que la durée moyenne de la peine privative de liberté prononcée par les tribunaux va jusqu'à nonante jours, mais est en principe inférieure à trente jours. Ainsi, il ne se justifie pas d'augmenter la durée de la peine

maximale dans la mesure où les peines infligées par les tribunaux sont largement en deçà de la durée actuelle maximale de la peine privative de liberté.

19. Articles 237 et 238 CP (entraver la circulation publique, entrave au service des chemins de fer)

S'il est vrai qu'il n'y a pas lieu de prévoir une peine différente pour les comportements réprimés dans ces dispositions, il paraît en revanche erroné de les fusionner. En effet, l'actuel article 237 CP ne réprime pas l'atteinte à la propriété d'autrui, ce qui n'est pas le cas de l'article 238 CP. Il n'y a donc pas lieu, sans motif, d'étendre l'application de cette disposition. En outre, l'article 238 alinéa 2 CP prévoit la punissabilité de l'auteur qui agit par négligence uniquement s'il a mis en danger sérieux la vie ou l'intégrité corporelle de personnes ou la propriété d'autrui. Sans justificatif, le Département envisage de supprimer cette condition. Enfin, la durée moyenne de la peine privative de liberté prononcée par les tribunaux va jusqu'à cinq mois, mais est en principe inférieure à trente jours, ce qui ne justifie pas d'augmenter à dix ans la durée maximale de la peine privative de liberté à l'article 237 chiffre 1^{er} alinéa 1^{er} CP. Pour toutes ces raisons, ces deux dispositions ne doivent pas être fusionnées et une augmentation de la durée maximale de la peine privative de liberté à dix ans paraît disproportionnée avec les peines infligées dans la pratique jurisprudentielle.

20. Article 247 CP (appareils de falsification et emploi illicite d'appareils)

Le Département souhaite supprimer l'alinéa 2 de cette disposition au motif que le comportement visé tomberait déjà sous le coup des articles 240, 241, et 245 CP et que généralement, l'auteur se rend coupable de l'infraction visée à l'article 312 CP. Un tel point de vue est erroné dans la mesure où cet alinéa 2 vise uniquement l'usage des appareils servant à la fabrication des monnaies, du papier-monnaie, des billets de banque ou des timbres officiels de valeur et non pas les monnaies en tant que telles. En outre, à supposer même que l'auteur se rende coupable de l'article 312 CP, rien empêche le concours d'infractions. Enfin, c'est le lieu de rappeler que cette disposition a été insérée dans le code pénal suisse afin de concrétiser en droit interne les obligations de la Suisse suite à la ratification de la Convention internationale du 20 avril 1929 pour la répression du faux monnayage (Favre, Pellet, Soutdamnn, op. cit., p. 596, n° 1.1 ad art. 247 CP). Par conséquent, l'alinéa 2 doit être maintenu.

21. Article 263 CP (actes commis en état d'irresponsabilité fautive)

Contrairement aux dires du Département, cette disposition n'est nullement incompatible avec le principe de la culpabilité du droit pénal. En effet, selon la jurisprudence citée dans le rapport explicatif, la question relative à la compatibilité de cette disposition avec le droit pénal dépend de savoir si l'acte commis dans un état d'irresponsabilité fautive est une condition objective de la répression ou un élément constitutif de l'infraction visée à l'article 263 CP. Seule cette dernière construction serait compatible avec le principe de culpabilité du droit pénal et aurait pour conséquence que si l'auteur, en état d'irresponsabilité fautive, a commis une infraction poursuivie uniquement sur plainte, il

ne saurait être condamné que si une plainte a été déposée. Le Tribunal fédéral s'est rallié à cette opinion dès lors qu'il exige qu'une plainte soit déposée. Ainsi, l'article 263 CP est compatible avec le principe de culpabilité. En outre, il paraît erroné de soutenir que « des actes commis en état d'irresponsabilité » sont par défaut non fautifs dès lors que précisément l'auteur s'est fautivement mis dans cet état. Le fait que la peine soit la même que l'auteur ait agi intentionnellement ou par négligence ne saurait justifier la suppression de cette disposition. Enfin, le fait que l'alinéa 2 de l'article 263 CP prévoit une peine plus lourde que celle prévue à l'alinéa 1^{er} est parfaitement justifié puisque, en raison de la peine et de la nature de l'infraction, l'infraction réalisée en état d'irresponsabilité fautive est plus grave à l'alinéa 2 que celle visée à l'alinéa 1^{er}. Pour toutes ces raisons, cette infraction doit être maintenue dans le code pénal. D'ailleurs, c'est le lieu de rappeler que le Tribunal fédéral, dans la jurisprudence citée dans le rapport, relève que « il [réd. : l'article 263 CP] paraît se présenter au contraire plutôt comme une disposition générale qui devrait trouver place au voisinage des articles 10 à 12 CP traitant de la responsabilité et de ses conséquences générales » (ATF 104 IV 249 cons. 2b). Ainsi, cette disposition garde toute son utilité pour apprécier la responsabilité du délinquant et il y aurait lieu d'examiner si cette disposition ne devrait pas figurer dans la partie générale du code pénal.

22. Articles 264, 323 CP (génocide, inobservation par le débiteur des règles de la procédure de poursuite pour dettes ou de faillite)

Dans la mesure où ces dispositions sont revues, il paraît opportun également d'actualiser, s'agissant de l'article 264 CP, la référence à la disposition légale de la partie générale du code pénal qui figure à la deuxième phrase de l'alinéa 2 de cette disposition en ce sens que l'article 7 alinéas 4 et 5 CP est applicable en lieu et place de l'article 6bis chiffre 2 CP. Quant à l'article 323 CP, la référence à l'article 345 alinéa 1^{er} LP devrait être remplacée par l'article 341 alinéa 1^{er} LP.

23. Articles 275bis, 275ter, 276, 277, 278 CP (propagande subversive, groupements illicites, provocation et incitation à la violation des devoirs militaires, falsification d'ordre de mise sur pied ou d'instructions, entraver le service militaire)

Le simple fait qu'en l'état, ces dispositions n'ont pas donné lieu à condamnation ne saurait justifier de les abroger. Le terrorisme est toujours d'actualité, ce qui milite plutôt pour le maintien de ces dispositions. En outre, nous peinons à comprendre la remarque du Département qui précise que l'article 275ter est contraire au principe de légalité dès lors que précisément ce principe est respecté du fait que l'article 275ter CP est la base légale à la sanction d'une infraction visée par dite disposition. Par conséquent, ces dispositions doivent être maintenues.

24. Articles 320, 321, 321ter CP (violation du secret de fonction, violation du secret professionnel, violation des secrets des postes et des télécommunications)

Le Département souhaite augmenter la durée maximale de la peine privative de liberté de ces trois infractions de trois à cinq ans car, selon lui, les comportements visés aux

articles 312, 317 ch. 1, 319 et 322quater sont en partie comparables et sont punis d'une peine privative de liberté maximale de cinq ans. Un tel raisonnement ne convainc pas dès lors que les comportements visés par ces dispositions sont respectivement l'abus d'autorité, les faux dans les titres, l'assistance à l'évasion et la corruption passive, alors que les comportements visés aux articles 320, 321, et 321ter CP sont respectivement la violation du secret de fonction, la violation du secret professionnel et la violation du secret des postes et des télécommunications. Ainsi, nous sommes opposés à cette augmentation de la durée maximale de la peine privative de liberté. Une peine maximale de trois ans doit être maintenue, ce d'autant plus que la durée moyenne de la peine privative de liberté prononcée par les tribunaux va jusqu'à cinq mois, mais ne dépasse en général pas trois mois.

25. Article 322septies CP (corruption d'agents publics étrangers)

Nous n'avons pas de remarques particulières à formuler, excepté que nous étions opposés, dans le cadre de la procédure de consultation relative à l'insertion de cette disposition, à l'introduction de celle-ci au motif que la corruption n'avait pas pris, dans notre pays, des proportions alarmantes et qu'il existait une crainte que la Suisse soit désavantagée sur le marché international en raison de dispositions pénales qui réprimeraient la corruption d'agents publics étrangers alors que d'autres pays étaient plus laxistes. En outre, instaurer une punissabilité universelle (dans la mesure où la Suisse peut poursuivre pénalement l'infraction de corruption passive d'un fonctionnaire d'un autre Etat, parce que l'Etat victime ou l'Etat dont le corrompu est ressortissant ne peut ou ne veut sanctionner cet agent public) est illusoire.

26. Articles 325bis et 326bis CP (inobservation des prescriptions légales sur la protection des locataires d'habitations et de locaux commerciaux, en cas de l'article 325bis)

Nous pouvons saluer la suppression de ces dispositions qui visent des litiges purement civils qui doivent rester réglementés uniquement par le code des obligations.

27. Articles 326ter et 326quater CP (contravention aux dispositions concernant les raisons de commerce, faux renseignements émanant d'une institution de prévoyance en faveur du personnel)

Afin de respecter une certaine uniformité, il y aurait également lieu de remplacer, dans ces deux dispositions, les termes « celui qui » par « quiconque » et le temps du futur par le temps du présent.

28. Articles 328, 329, 330, 331 CP (contrefaçon de valeurs postales sans dessein de faux, violation de secrets militaires, trafic de matériel séquestré réquisitionné par l'armée, port indu de l'uniforme militaire)

A nouveau, le simple fait que le champ d'application de ces dispositions est étroit et/ou que leur portée pratique est insignifiante ne justifient aucunement de supprimer ces dispositions.

B. Code pénal militaire (CPM)

S'agissant des modifications du code pénal militaire, nous n'avons pas de remarques particulières à formuler et nous nous référons aux commentaires ci-dessus s'agissant des infractions et dispositions de la partie spéciale du code pénal qui se retrouvent dans le code pénal militaire (tels que les art. 120, 121, 124, 148b, 169a, 170 CPM etc.). Au surplus, certains articles appellent les commentaires suivants :

1. Article 77 ch. 1 CPM (violation du secret de service)

Nous nous opposons à l'augmentation de la durée maximale de la peine privative de liberté de trois à cinq ans pour les mêmes raisons que celles évoquées aux articles 320, 321 et 321ter CP.

2. Article 79 CPM (non-dénonciation de crimes ou délits)

Dans la mesure où cette disposition est revue, il y aurait également lieu de remplacer la référence à l'article 83 CPM par l'actuel article 81 CPM.

3. Article 80 chiffre 2 CPM (ivresse)

Nous nous opposons à la suppression de cette disposition pour les mêmes raisons que celles évoquées à l'article 263 CP.

4. Article 85 CPM (omission illicite de rejoindre)

Sans raison, le Département supprime à l'alinéa 1^{er} de cette disposition le fait que cet alinéa ne s'applique qu'en temps de guerre. Aussi, il y a lieu de maintenir cette précision à cet alinéa.

5. Article 107 CPM (désobéissance à des mesures prises par les autorités militaires et civiles)

Sans motif, le Département supprime la punissabilité de la négligence à l'alinéa 1^{er} de cette disposition. Aussi, elle doit être maintenue.

6. Articles 108 à 114, 150 CPM (infractions commises contre le droit des gens en cas de conflit armé, contrainte)

Afin de respecter une certaine uniformité des dispositions du code pénal militaire, nous ne pouvons que regretter que certaines dispositions n'aient pas été revues au niveau

réactionnel (remplacement du terme « celui qui » par « quiconque », du temps du futur par le temps du présent).

7. Articles 131, 135 CPM (vol, escroquerie)

Sans raison, le Département supprime l'alinéa 2 de ces dispositions qui vise notamment à sanctionner plus sévèrement l'auteur qui commet une infraction à l'égard de son chef, subordonné ou camarade. On ne saurait suivre le Département, ce d'autant plus que ces infractions (vol et escroquerie) ne sont pas mineures. Aussi, ces alinéas doivent être maintenus.

C. Droit pénal accessoire

1. Loi sur les étrangers

Nous n'avons pas de remarques à formuler quant aux modifications prévues.

2. Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007

Dans la mesure où nous estimons que les articles 329 à 331 CP doivent être maintenus, l'article 23 alinéa 1^{er} lettre k CPP doit également être maintenu.

3. Loi sur les armes

Nous n'avons pas de remarques à formuler quant aux modifications prévues.

4. Loi sur l'approvisionnement du pays

Les modifications apportées à cette loi n'appellent pas de commentaires particuliers, excepté le titre marginal de l'article 48 qui devrait être modifié, comme le prévoit d'ailleurs le rapport, car cette disposition ne réprime pas uniquement les délits, mais également les crimes.

5. Loi sur les installations de transport par conduites

Nous n'avons pas de remarques à formuler s'agissant des modifications apportées à cette loi, excepté s'agissant de la suppression du chiffre 1 alinéa 7 de l'article 45 de cette loi. Nous ne partageons pas les vues du Département. En effet, ce dernier soutient que cet alinéa doit être supprimé dès lors qu'il ne serait pas assez précis et violerait donc le principe de la légalité. En réalité, cet alinéa est suffisamment précis puisqu'il énonce clairement les cas d'application de cette disposition. Par conséquent, il doit être maintenu, sous réserve de revoir la peine y relative.

6. Loi sur la navigation maritime sous pavillon suisse

Les modifications apportées à cette loi n'appellent pas de commentaires particuliers sous réserve des deux dispositions suivantes :

S'agissant de l'article 144, la liste exemplative des faits essentiels figurant à l'alinéa 1^{er} permet de préciser les contours de l'infraction et contribue ainsi à améliorer la sécurité du droit. Aussi, elle doit être maintenue. En outre, il y a lieu de supprimer à l'alinéa 3 la phrase « en vue d'obtenir l'enregistrement d'un yacht de plaisance » qui y figure à double.

Quant à l'article 153 alinéa 4, nous pouvons saluer sa suppression. En effet, cette disposition rendait injustement la société débitrice solidaire du montant de l'amende due par le délinquant.

7. Loi sur l'aviation

Nous n'avons pas de remarques particulières à formuler, excepté à l'article 90 alinéa 1^{er} où nous nous opposons à l'augmentation de la durée maximale de la peine privative de liberté de trois à dix ans pour les mêmes raisons que celles évoquées aux articles 237 et 238 CP.

8. Lois sur les télécommunications, sur les stupéfiants, sur la radioprotection et sur les maisons de jeux

Nous n'avons pas de remarques particulières à formuler s'agissant des modifications apportées à ces quatre lois.

9. Loi sur la transplantation

Nous n'avons pas de remarques particulières à formuler excepté s'agissant de la phrase introductive de l'article 70 alinéa 1^{er} qui supprime, sans raison, une condition d'application de cette disposition, à savoir que l'auteur n'ait pas commis un crime ou un délit au sens de l'article 69. Cette condition doit être maintenue.

10. Loi relative à la recherche sur les cellules souches

A nouveau, les modifications envisagées n'appellent pas de commentaires particuliers, excepté concernant l'article 25 alinéa 1^{er} qui s'est vu, sans raison, supprimer une condition d'application, à savoir que l'auteur n'ait pas commis un crime ou un délit au sens de l'article 24. Cette condition doit être maintenue.

11. Loi sur les produits chimiques

Nous n'avons pas de remarques particulières à formuler, sous réserve de l'article 50 alinéa 6. Le Département envisage, sans raison, d'augmenter le délai de prescription de

l'action pénale de deux à cinq ans. Le Département ne démontre pas en quoi l'actuel délai de prescription de deux ans n'est pas satisfaisant. Aussi, le délai de prescription de l'action pénale doit être maintenu à deux ans.

III. Conclusions

Comme nous l'avons déjà relevé, dans notre réponse du 9 septembre 2010, nous sommes favorables au retour d'une législation pénale dissuasive et répressive et celle-ci doit être en adéquation avec les valeurs défendues par notre société. Aussi, il paraît opportun de revoir les sanctions prévues dans la partie spéciale du code pénal ainsi que dans des législations spéciales. Toutefois, les modifications proposées doivent rester proportionnées au regard notamment du bien juridiquement protégé.

Par conséquent, sous réserve des commentaires mentionnés sous chiffre II ci-dessus, cet avant-projet de loi est acceptable.

* * *

Nous vous remercions de l'attention que vous aurez portée à ces lignes et vous prions d'agréer, Monsieur, nos salutations distinguées.

CENTRE PATRONAL


F. Dovat



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Militärjustiz
Justice militaire
Giustizia militare
Giustia militar

Militärkassationsgericht
Tribunal militaire de cassation
Tribunale militare di cassazione
Tribunal militar da cassaziun

Lausanne, 29. Oktober 2010

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
Bundesamt für Justiz
z.Hd. Herrn Mauron
3003 Bern

Vernehmlassungsverfahren betreffend Bundesgesetz über die Harmonisierung der Strafrahmen im StGB, MStG und im Nebenstrafrecht

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrter Herr Direktor
Sehr geehrter Herr Mauron

Sie haben das Militärkassationsgericht (MKG) eingeladen, sich zu der eingangs genannten Gesetzesvorlage zu äussern. Da diese Vorlage allerdings nicht unmittelbar das Verfahren vor dem MKG betrifft, wird von einer detaillierten Stellungnahme abgesehen.

Dabei legen wir aber Wert auf die Feststellung, dass die vom Obergericht gemäss Mails vom 8./13. Juli 2010 (von Herrn Görlich Käser an Herrn Mauron) bekundete Auffassung zur Vorlage mitsamt den darin geäusserten Vorbehalten vollumfänglich geteilt wird.

Für die Gelegenheit zur Vernehmlassung danken wir Ihnen.

Genehmigen Sie, sehr geehrte Frau Bundesrätin, sehr geehrter Herr Direktor und sehr geehrter Herr Mauron, die Versicherung unserer ausgezeichneten Hochachtung.

Für das Eidgenössische Militärkassationsgericht

Der Präsident:

Oberst Theo Bopp

Der Gerichtsschreiber:

Fachof André Moser

P.S., zu Händen des Bundesamts für Justiz: Aus dem eingangs genannten Grund, dass das Verfahren vor dem MKG nicht unmittelbar betroffen ist, wird auch auf eine Vernehmlassung zu den weiteren Vorlagen abgesehen, nämlich

- zur Vorlage betreffend die Änderungen des Sanktionenrechts
- und zur Vorlage betreffend die Anlageverordnung und die Verordnung über die Anpassung des Verordnungsrechts im Hinblick auf das Inkrafttreten der StPO

Kopie z.K. an

- Obergericht, 3003 Bern
- Generalsekretariat VBS



HEV Schweiz

Hauseigentümerverband
Schweiz

Seefeldstrasse 60
Postfach - 8032 Zürich

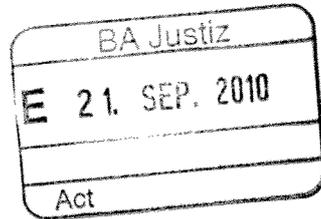
Tel. 044 254 90 20 info@hev-schweiz.ch
Fax 044 254 90 21 www.hev-schweiz.ch

PC 80-32534-9
MWSt-Nr. 344 838

Bundesamt für Justiz



BJ-00000000617258



Bundesamt für Justiz
Direktionsbereich Strafrecht
Bundesrain 20

3003 Bern

17. September 2010

**Vernehmlassung: Harmonisierung der Strafrahmen im Strafgesetzbuch
(Militärgesetz)**

Sehr geehrte Frau Widmer-Schlumpf

Wir danken für die Berücksichtigung bei obiger Vernehmlassung. Da die Eigentümerinteressen durch diese Vorlage nicht direkt betroffen sind, erlauben wir uns, auf eine Stellungnahme zu verzichten. Wir freuen uns aber, wenn Sie uns auch in Zukunft relativ breit über laufende Geschäfte informieren.

Freundliche Grüsse

HEV Schweiz

Ansgar Gmür

Direktor HEV Schweiz