

Quelle:

Günter Stratenwerth

Schweizerisches Strafrecht

Allgemeiner Teil I: Die Straftat

Dritte Auflage 2005, Verlag Stämpfli AG, Bern

zusammengefasst und ergänzt von

Franz A. Wolf
Sempacherstrasse 11
6024 Hildisrieden

franz.wolf@stud.unilu.ch

Rechtswissenschaftliche Fakultät
Universität Luzern

Bearbeitungsstand: 11. Oktober 2007

Hinweise:

*Die kommerzielle Nutzung der Zusammenfassung ist untersagt.
Es wird keine Haftung für die Richtigkeit der Zusammenfassung
übernommen.*

INHALTSÜBERSICHT

1. Kapitel: Strafrechtliche Grundlagen	9
1. Abschnitt: Die Funktionen des Strafrechts	9
A Ansätze zu einem materiellen Verbrechensbegriff (N 2-.....)	13
I. Rekurs auf sozioethische Normen	13
II. Rationale Gesichtspunkte	13
1. Rechtsgutlehren	13
2. Funktionale Gesellschaftstheorien	13
3. Grundlegend neue Gesichtspunkte.....	13
III. Kritische Masstäbe	13
B Formale Erfordernisse des Verbrechens	13
I. Der Gedanke des Täterstrafrechts	13
II. Varianten eine Täterstrafrechts	13
2. Abschnitt: Quellen und Geltungsbereich des Strafrechtes	13
§ 4 Die Quellen des Strafrechts	13
A Formelles Recht	14
I. Der Grundsatz „nullum crimen, nulla poena sine lege“	14
1. Geschichtliche Herkunft	14
2. Heutige Bedeutung	14
3. Folgerungen	14
a) Rückwirkungsverbot („nulla poena sine lege praevia“, N 10-13)	14
b) Verbot unbestimmter Strafvorschriften („nulla poena sine lege certa“, Bestimmtheitsgebot, N 14-16)	15
II. Die formellen Rechtsquellen im Einzelnen (N 18-22)	15
1. Bundesrecht	15
2. Kantonales Recht	15
B Gewohnheitsrecht („nulla poena sine lege scripta“, N 23-27)	15
I. Einschränkungen	15
II. Wirkungsmöglichkeiten	15
C Richterrecht	16
I. Gesetzesbindung („nulla poena sine lege stricta“, Analogieverbot, N 28-36)	16
II. Regeln der Auslegung	16
III. Bindungswirkung?	16
2. Kapitel: Die allgemeine Verbrechenslehre	18
1. Abschnitt: Grundbegriffe des Strafrechts	18
§ 8 Die Stufen des Verbrechensaufbaus	18
A Der Tatbestand (N 3-12)	19
Definitionen	19
IV. Der Tatbestand i.e.S.	19
B. Die Rechtswidrigkeit (Rechtfertigungsgründe, Abwehr, N 13-21)	19
I. Tatbestand und Rechtswidrigkeit	19
II. Rechtswidrigkeit und Schuld	19
III. Strafunrecht	20
C. Die Schuld (N 22-26)	20
I. Die Schuld als Vorwerfbarkeit	20
II. Voraussetzungen der Schuld	20
D. Sonstige Voraussetzungen der Strafbarkeit (N 27-31)	20
§ 9 Die Tatbestandsmässigkeit	21
A Der objektive Tatbestand (N 1-45)	21
Der Kreis möglicher Täter	21
1. Gemeine Delikte	21
2. Täterschaftliche Merkmale	21
I. Die Tathandlung (N 8-45)	22
1. Tätigkeitsdelikte	22
2. Erfolgsdelikte	22
a) Der Taterfolg	22
b) Die Zurechnung des Erfolges	22
aa) Kausalität, als Element der Zurechnung	22

(1) „Natürliche“ Kausalität, Äquivalenztheorie	22
(2) Adäquate Kausalität	23
bb) Risikozusammenhang (vgl. 3.4.3 Skript)	24
(1) Risikosteigerung.....	24
(2) Unerlaubtes Risiko	24
(3) Erfolgsrelevanz - Risikozusammenhang.....	24
cc) Ersatzursachen	25
3. Mischformen	25
B Der subjektive Tatbestand.....	25
I. Der Aufbau des subjektiven Tatbestandes (N 47-55)	25
1. Die Stellung des Vorsatzes.....	25
a) Dogmengeschichtliche Entwicklung.....	25
b) Systematische Gründe.....	25
2. Folgerungen.....	25
II. Der Vorsatz (N 56-114).....	26
1. Die Struktur des Vorsatzes.....	26
a) Die Bedeutung des Vorsatzes.....	26
b) Schwierigkeiten der Feststellung	26
2. Die Wissensseite des Vorsatzes.....	26
a) Das Wissen um die Tatumstände.....	26
aa) Bedeutungskennntnis	26
bb) Mitbewusstsein	27
cc) Möglichkeitsurteile (Inkaufnahme)	27
dd) Der Tatbestandsirrtum.....	27
b) Die Voraussicht des Geschehensablaufes (auch: Defizite, Irrtümer im Wissen)	27
bb) Sonderfälle.....	27
(1) Dolus generalis	28
(2) Abirrung des Angriffes (aberratio ictus)	28
(3) Objektsirrtum (error in persona vel objecto)	28
3. Die Willensseite des Vorsatzes.....	28
a) Direkter Vorsatz (dolus directus).....	28
aa) Direkter Vorsatz 1. Grades - Handlungsziel	28
bb) Direkter Vorsatz 1. Grades - Notwendige Vorbedingungen	28
cc) Direkter Vorsatz 2. Grades - Notwendige Nebenfolge.....	28
b) Eventualvorsatz (Bedinger Vorsatz - dolus eventualis).....	29
aa) Kriterien der Abgrenzung.....	29
bb) Mögliche Konstellationen.....	29
cc) Bedingter Handlungswille	29
c) Andere Begriffe	29
d) Exkurs: objektive Strafbarkeitsbedingungen gehören nicht zum Vorsatz	29
III. Besondere subjektive Tatbestandsmerkmale (N 115-127) (nicht prüfungsrelevanter Text).....	30
§ 10 Die Rechtswidrigkeit.....	30
A Einzelne Rechtfertigungsgründe	30
I. Die Einwilligung des Verletzten (N 3 -24)	30
1. Der Grundgedanke	30
2. Einzelerfordernisse	30
a) Tatbestandsausschluss (tatbestandsausschliessende Einwilligung)	30
b) Rechtfertigung (rechtfertigende Einwilligung)	30
aa) Geltungsbereich	30
bb) Eigenverantwortliche Entscheidung	31
cc) Wissen des Täters (subjektives Element der Rechtfertigung).....	31
II. Die mutmassliche Einwilligung (N 25-31).....	31
1. Der Grundgedanke	31
2. Einzelerfordernisse	32
III. Der sog. Zivilrechtliche Notstand (N 32-35)	32
IV. Der rechtfertigende Notstand (N 36-51).....	32
1. Systematische Bedeutung.....	32
2. Einzelerfordernisse	32
a) Güterkollision	32
b) Güterabwägung.....	33
c) Weitere Interessen?	33

d)	Notstandshilfe und Spezialfall der Individuellen Interessenkollision	33
e)	Rettungswillen	33
V.	Notstandsähnliche Fälle (N 52-64)	33
1.	Ungeregelte Güter- und Interessenkollisionen	33
2.	„Übergesetzliche“ Rechtfertigungsgründe	33
a)	Übergesetzlicher Notstand	33
b)	Wahrnehmung berechtigter Interessen	33
3.	Die Pflichtenkollision	33
VI.	Die Notwehr (N 65-87).....	33
1.	Der Grundgedanke	34
2.	Einzelanforderungen	34
a)	Die Notwehrlage (=objektive Seite der Rechtfertigung).....	34
b)	Die angemessene Abwehr (=objektive Seite der Rechtfertigung)	34
c)	Sonderfälle	34
d)	Abwehrwille (=subjektive Seite der Rechtfertigung)	35
3.	Notwehrhilfe	35
4.	Notwehrexzess	35
VII.	Weitere Rechtfertigungsgründe (N 88-100).....	35
1.	Gesetzlich erlaubte Handlung	35
a)	Gesetzmassiges Handeln	35
b)	Amts- oder Berufspflicht	36
2.	Behördliche Bewilligung	36
B	Die subjektiven Elemente der Rechtfertigung (N 101-110).....	36
I.	Grundsätzliche Anforderungen	36
II.	Rechtsfolgen	37
C	Die irrige Annahme der rechtfertigenden Sachlage (N 111-113)	37
§ 11	Die Schuld	37
A	Der strafrechtliche Begriff der Schuld (N 2 - 7)	38
B	Die einzelnen Schuldanforderungen	38
I	Die Schuldfähigkeit (N 8-38)	38
1.	Schuldunfähigkeit infolge jugendlichen Alters	38
2.	Schuldunfähigkeit infolge psychischer Anomalie	38
a)	Völlige Schuldunfähigkeit (Art. 19 Abs. 1).....	39
aa)	Die Methode des geltenden Rechts	39
bb)	Mögliche Ausschlussgründe	39
cc)	psychologische Anforderungen	39
dd)	Rechtsfolgen	40
b)	verminderte Schuldfähigkeit (Art. 19 Abs. 2)	40
c)	Die Feststellung ausgeschlossener oder verminderter Schuldfähigkeit	40
d)	Verschuldeter Ausschluss der Schuldfähigkeit	40
aa)	Die actio libera in causa (alic).....	40
II	Die virtuelle Verbotskenntnis, Unrechtsbewusstsein (N 39-59).....	41
1.	Dogmengeschichtliche Entwicklung	41
2.	Die Abgrenzung des Verbotsirrtums	41
a)	Das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit	41
b)	Arten des Verbotsirrtums	42
3.	Die Behandlung des Verbotsirrtums (Schuldtheorie)	42
III	Die Zumutbarkeit (N 60-81)	43
1.	Der Grundgedanke	43
2.	Die Einzelfälle der Unzumutbarkeit	43
a)	Der entschuldigende Notstand (Art. 18)	43
b)	sonstige Fälle (Notwehrexzess, Art. 16 Abs. 2)	44
3.	Die irrige Annahme der schuldausschliessenden Sachlage	44

Erster Titel: Geltungsbereich

1. Keine
Sanktion
ohne Gesetz

Art. 1

Eine Strafe oder Massnahme darf nur wegen einer Tat verhängt werden, die das Gesetz ausdrücklich unter Strafe stellt.

2. Zeitlicher
Geltungsbereich

Art. 2

1 Nach diesem Gesetze wird beurteilt, wer nach dessen Inkrafttreten ein Verbrechen oder Vergehen begeht.
2 Hat der Täter ein Verbrechen oder Vergehen vor Inkrafttreten dieses Gesetzes begangen, erfolgt die Beurteilung aber erst nachher, so ist dieses Gesetz anzuwenden, wenn es für ihn das mildere ist.

3. Räumlicher
Geltungsbereich.
Verbrechen
oder Vergehen
im Inland

Art. 3

1 Diesem Gesetz ist unterworfen, wer in der Schweiz ein Verbrechen oder Vergehen begeht.
2 Ist der Täter wegen der Tat im Ausland verurteilt worden und wurde die Strafe im Ausland ganz oder teilweise vollzogen, so rechnet ihm das Gericht die vollzogene Strafe auf die auszusprechende Strafe an.
3 Ist ein Täter auf Ersuchen der schweizerischen Behörde im Ausland verfolgt worden, so wird er, unter Vorbehalt eines krassen Verstosses gegen die Grundsätze der Bundesverfassung und der Konvention vom

Begehungsort

Art. 8

1 Ein Verbrechen oder Vergehen gilt als da begangen, wo der Täter es ausführt oder pflichtwidrig untätig bleibt, und da, wo der Erfolg eingetreten ist.
2 Der Versuch gilt als da begangen, wo der Täter ihn ausführt, und da, wo nach seiner Vorstellung der Erfolg hätte eintreten sollen.

Zweiter Titel: Strafbarkeit

1. Verbrechen
und Vergehen.
Begriff

Art. 10

1 Dieses Gesetz unterscheidet die Verbrechen von den Vergehen nach der Schwere der Strafen, mit der die Taten bedroht sind.
2 Verbrechen sind Taten, die mit Freiheitsstrafe von mehr als drei Jahren bedroht sind.
3 Vergehen sind Taten, die mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bedroht sind.

Begehen durch
Unterlassen

Art. 11

1 Ein Verbrechen oder Vergehen kann auch durch pflichtwidriges Untätigbleiben begangen werden.
2 Pflichtwidrig untätig bleibt, wer die Gefährdung oder Verletzung eines strafrechtlich geschützten Rechtsgutes nicht verhindert, obwohl er aufgrund seiner Rechtstellung dazu verpflichtet ist, namentlich auf Grund:
a. des Gesetzes;
b. eines Vertrages;
c. einer freiwillig eingegangenen Gefahrengemeinschaft; oder
d. der Schaffung einer Gefahr.
3 Wer pflichtwidrig untätig bleibt, ist gestützt auf den entsprechenden Tatbestand nur dann strafbar, wenn ihm nach den Umständen der Tat derselbe Vorwurf gemacht werden kann, wie wenn er die Tat durch ein aktives Tun begangen hätte.
4 Das Gericht kann die Strafe mildern.

2. Vorsatz und
Fahrlässigkeit.
Begriffe

Art. 12

1 Bestimmt es das Gesetz nicht ausdrücklich anders, so ist nur strafbar, wer ein Verbrechen oder Vergehen vorsätzlich begeht.
2 Vorsätzlich begeht ein Verbrechen oder Vergehen, wer die Tat mit Wissen und Willen ausführt. Vorsätzlich handelt bereits, wer die Verwirklichung der Tat für möglich hält und in Kauf nimmt.
3 Fahrlässig begeht ein Verbrechen oder Vergehen, wer die Folge seines Verhaltens aus pflichtwidriger Unvorsichtigkeit nicht bedenkt oder darauf nicht Rücksicht nimmt. Pflichtwidrig ist die Unvorsichtigkeit, wenn der Täter die Vorsicht nicht beachtet, zu der er nach den Umständen und nach seinen persönlichen Verhältnissen verpflichtet ist

Sachverhaltsirrtum	<p>Art. 13</p> <p>1 Handelt der Täter in einer irrigen Vorstellung über den Sachverhalt, so beurteilt das Gericht die Tat zu Gunsten des Täters nach dem Sachverhalt, den sich der Täter vorgestellt hat.</p> <p>2 Hätte der Täter den Irrtum bei pflichtgemässer Vorsicht vermeiden können, so ist er wegen Fahrlässigkeit strafbar, wenn die fahrlässige Begehung der Tat mit Strafe bedroht ist.</p>
3. Rechtmässige Handlungen und Schuld. Gesetzlich erlaubte Handlung	<p>Art. 14</p> <p>Wer handelt, wie es das Gesetz gebietet oder erlaubt, verhält sich rechtmässig, auch wenn die Tat nach diesem oder einem andern Gesetz mit Strafe bedroht ist.</p>
Rechtfertigende Notwehr	<p>Art. 15</p> <p>Wird jemand ohne Recht angegriffen oder unmittelbar mit einem Angriff bedroht, so ist der Angegriffene und jeder andere berechtigt, den Angriff in einer den Umständen angemessenen Weise abzuwehren.</p>
Entschuldbare Notwehr	<p>Art. 16</p> <p>1 Überschreitet der Abwehrende die Grenzen der Notwehr nach Artikel 15, so mildert das Gericht die Strafe.</p> <p>2 Überschreitet der Abwehrende die Grenzen der Notwehr in entschuldbarer Aufregung oder Bestürzung über den Angriff, so handelt er nicht schuldhaft.</p>
Rechtfertigender Notstand	<p>Art. 17</p> <p>Wer eine mit Strafe bedrohte Tat begeht, um ein eigenes oder das Rechtsgut einer anderen Person aus einer unmittelbaren, nicht anders abwendbaren Gefahr zu retten, handelt rechtmässig, wenn er dadurch höherwertige Interessen wahrt.</p>
Entschuldbarer Notstand	<p>Art. 18</p> <p>1 Wer eine mit Strafe bedrohte Tat begeht, um sich oder eine andere Person aus einer unmittelbaren, nicht anders abwendbaren Gefahr für Leib, Leben, Freiheit, Ehre, Vermögen oder andere hochwertige Güter zu retten, wird milder bestraft, wenn ihm zuzumuten war, das gefährdete Gut preiszugeben.</p> <p>2 War dem Täter nicht zuzumuten, das gefährdete Gut preiszugeben, so handelt er nicht schuldhaft.</p>
Schuldunfähigkeit und verminderte Schuldfähigkeit	<p>Art. 19</p> <p>1 War der Täter zur Zeit der Tat nicht fähig, das Unrecht seiner Tat einzusehen oder gemäss dieser Einsicht zu handeln, so ist er nicht strafbar.</p> <p>2 War der Täter zur Zeit der Tat nur teilweise fähig, das Unrecht seiner Tat einzusehen oder gemäss dieser Einsicht zu handeln, so mildert das Gericht die Strafe.</p> <p>3 Es können indessen Massnahmen nach den Artikeln 59–61, 63, 64, 67 und 67b getroffen werden.</p> <p>4 Konnte der Täter die Schuldunfähigkeit oder die Verminderung der Schuldfähigkeit vermeiden und dabei die in diesem Zustand begangene Tat voraussehen, so sind die Absätze 1–3 nicht anwendbar.</p>
Zweifelhafte Schuldfähigkeit	<p>Art. 20</p> <p>Besteht ernsthafter Anlass, an der Schuldfähigkeit des Täters zu zweifeln, so ordnet die Untersuchungsbehörde oder das Gericht die sachverständige Begutachtung durch einen Sachverständigen an.</p>
Irrtum über die Rechtswidrigkeit (Verbotsirrtum)	<p>Art. 21</p> <p>Wer bei Begehung der Tat nicht weiss und nicht wissen kann, dass er sich rechtswidrig verhält, handelt nicht schuldhaft. War der Irrtum vermeidbar, so mildert das Gericht die Strafe.</p>
4. Versuch. Strafbarkeit des Versuchs	<p>Art. 22</p> <p>1 Führt der Täter, nachdem er mit der Ausführung eines Verbrechens oder Vergehens begonnen hat, die strafbare Tätigkeit nicht zu Ende oder tritt der zur Vollendung der Tat gehörende Erfolg nicht ein oder kann dieser nicht eintreten, so kann das Gericht die Strafe mildern.</p> <p>2 Verkennt der Täter aus grobem Unverstand, dass die Tat nach der Art</p>

des Gegenstandes oder des Mittels, an oder mit dem er sie ausführen will, überhaupt nicht zur Vollendung gelangen kann, so bleibt er strafflos.

Rücktritt und
tätige Reue

Art. 23

1 Führt der Täter aus eigenem Antrieb die strafbare Tätigkeit nicht zu Ende oder trägt er dazu bei, die Vollendung der Tat zu verhindern, so kann das Gericht die Strafe mildern oder von einer Bestrafung absehen.

2 Sind an einer Tat mehrere Täter oder Teilnehmer beteiligt, so kann das Gericht die Strafe dessen mildern oder von der Bestrafung dessen absehen, der aus eigenem Antrieb dazu beiträgt, die Vollendung der Tat zu verhindern.

3 Das Gericht kann die Strafe auch mildern oder von der Bestrafung absehen, wenn der Rücktritt des Täters oder des Teilnehmers die Vollendung der Tat verhindert hätte, diese aber aus anderen Gründen ausbleibt.

4 Bemüht sich einer von mehreren Tätern oder Teilnehmern aus eigenem Antrieb ernsthaft, die Vollendung der Tat zu verhindern, so kann das Gericht seine Strafe mildern oder von seiner Bestrafung absehen, wenn die Tat unabhängig von seinem Tatbeitrag begangen wird.

5. Teilnahme.
Anstiftung

Art. 24

1 Wer jemanden vorsätzlich zu dem von diesem verübten Verbrechen oder Vergehen bestimmt hat, wird nach der Strafandrohung, die auf den Täter Anwendung findet, bestraft.

2 Wer jemanden zu einem Verbrechen zu bestimmen versucht, wird wegen Versuchs dieses Verbrechens bestraft.

Gehilfenschaft

Art. 25

Wer zu einem Verbrechen oder Vergehen vorsätzlich Hilfe leistet, wird milder bestraft.

Teilnahme am
Sonderdelikt

Art. 26

Wird die Strafbarkeit durch eine besondere Pflicht des Täters begründet oder erhöht, so wird der Teilnehmer, dem diese Pflicht nicht obliegt, milder bestraft.

Persönliche
Verhältnisse

Art. 27

Besondere persönliche Verhältnisse, Eigenschaften und Umstände, welche die Strafbarkeit erhöhen, vermindern oder ausschliessen, werden bei dem Täter oder Teilnehmer berücksichtigt, bei dem sie vorliegen.

Wiedergutmachung

Art. 53

Hat der Täter den Schaden gedeckt oder alle zumutbaren Anstrengungen unternommen, um das von ihm bewirkte Unrecht auszugleichen, so sieht die zuständige Behörde von einer Strafverfolgung, einer Überweisung an das Gericht oder einer Bestrafung ab, wenn:

a.
die Voraussetzungen für die bedingte Strafe (Art. 42) erfüllt sind; und

b.
das Interesse der Öffentlichkeit und des Geschädigten an der Strafverfolgung gering sind.

Siebenter Titel: Verantwortlichkeit des Unternehmens

Strafbarkeit

Art. 102

1 Wird in einem Unternehmen in Ausübung geschäftlicher Verrichtung im Rahmen des Unternehmenszwecks ein Verbrechen oder Vergehen begangen und kann diese Tat wegen mangelhafter Organisation des Unternehmens keiner bestimmten natürlichen Person zugerechnet werden, so wird das Verbrechen oder Vergehen dem Unternehmen zugerechnet. In diesem Fall wird das Unternehmen mit Busse bis zu 5 Millionen Franken bestraft.

Handelt es sich dabei um eine Straftat nach den Artikeln 260ter, 260quinquies, 305bis, 322ter, 322quinquies oder 322septies Absatz 1 oder um eine Straftat nach Artikel 4a Absatz 1 Buchstabe a des Bundesgesetzes vom 19. Dez. 1986 gegen den unlauteren Wettbewerb, so wird das Unternehmen unabhängig von der Strafbarkeit natürlicher Personen bestraft, wenn dem Unternehmen vorzuwerfen ist, dass es nicht alle erforderlichen und zumutbaren organisatorischen Vorkehrungen getroffen hat, um eine solche Straftat zu verhindern.²

3 Das Gericht bemisst die Busse insbesondere nach der Schwere der Tat und der Schwere des Organisationsmangels und des angerichteten Schadens sowie nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Unternehmens.

4 Als Unternehmen im Sinne dieses Titels gelten:

- a. juristische Personen des Privatrechts;
- b. juristische Personen des öffentlichen Rechts mit Ausnahme der Gebietskörperschaften;
- c. Gesellschaften;
- d. Einzelfirmen

Strafverfahren

Art. 102a

1 In einem Strafverfahren gegen das Unternehmen wird dieses von einer einzigen Person vertreten, die uneingeschränkt zur Vertretung des Unternehmens in zivilrechtlichen Angelegenheiten befugt ist. Bestellt das Unternehmen nicht innert angemessener Frist einen derartigen Vertreter, so bestimmt die Untersuchungsbehörde oder das Gericht, wer von den zur zivilrechtlichen Vertretung befugten Personen das Unternehmen im Strafverfahren vertritt.

2 Der Person, die das Unternehmen im Strafverfahren vertritt, kommen die gleichen Rechte und Pflichten wie einem Beschuldigten zu. Die andern Personen nach Absatz 1 sind im Strafverfahren gegen das Unternehmen nicht zur Aussage verpflichtet.

3 Wird gegen die Person, die das Unternehmen im Strafverfahren vertritt, wegen des gleichen oder eines damit zusammenhängenden Sachverhalts eine Strafuntersuchung eröffnet, so ist vom Unternehmen ein anderer Vertreter zu bezeichnen. Nötigenfalls bestimmt die Untersuchungsbehörde oder das Gericht zur Vertretung eine andere Person nach Absatz 1 oder, sofern eine solche nicht zur Verfügung steht, eine geeignete Drittperson.

Zweiter Teil: Übertretungen

Begriff

Art. 103

Übertretungen sind Taten, die mit Busse bedroht sind.

Anwendbarkeit
der Bestimmungen
des
Ersten Teils

Art. 104

Die Bestimmungen des Ersten Teils gelten mit den nachfolgenden Änderungen auch für die Übertretungen.

Keine oder
bedingte
Anwendbarkeit

Art. 105

1 Die Bestimmungen über die bedingte und die teilbedingte Strafe (Art. 42 und 43) sowie über die Verantwortlichkeit des Unternehmens (Art. 102 und 102a) sind bei Übertretungen nicht anwendbar.
2 Versuch und Gehilfenschaft werden nur in den vom Gesetz ausdrücklich bestimmten Fällen bestraft.
3 Freiheitsentziehende Massnahmen (Art. 59–61 und 64), das Berufsverbot (Art. 67) sowie die Veröffentlichung des Urteils (Art. 68) sind nur in den vom Gesetz ausdrücklich bestimmten Fällen zulässig.

Verübung einer
Tat in selbstverschuldeten
Unzurechnungsfähigkeit

Art. 263

1 Wer infolge selbstverschuldeter Trunkenheit oder Betäubung unzurechnungsfähig ist und in diesem Zustand eine als Verbrechen oder Vergehen bedrohte Tat verübt, wird mit Geldstrafe bis zu 180 Tagessätzen bestraft.
2 Hat der Täter in diesem selbstverschuldeten Zustand ein mit Freiheitsstrafe als einzige Strafe bedrohtes Verbrechen begangen, so ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe.¹⁷⁶

1. Kapitel: Strafrechtliche Grundlagen

1. Abschnitt: Die Funktionen des Strafrechts

§ 2 Strafrechtliche Sozialkontrolle (vgl. Skript II S. 66 ff.)

A Die Strafe (N. 3 – 31)

I. Die Strafe als Schuldausgleich (absolute Straftheorien)

Die Bindung der Strafe an die Schuld ist ein Grundprinzip des StGB (**nulla poena sine culpa**). Das Mass der Strafe hat dem Verschulden des Täters zu entsprechen (z.B. Art. 47). Es liegt also nahe, die Strafe als Ausgleich der Schuld zu betrachten, als Vergeltung oder Sühne (absolute Straftheorien, absolut: losgelöst von jedem (Präventions-) Zweck). Dem stehen heute jedoch erhebliche Bedenken gegenüber.

1. Die Frage der Schuld

Schuld im strafrechtlichen Sinn beinhaltet u.a. die Fähigkeit zur Einsicht ins Unrecht und die Fähigkeit, sich gemäss dieser Einsicht zu verhalten (Bestimmungsfähigkeit). So der BGH: „Mit dem Unwerturteil der Schuld wird dem Täter vorgeworfen, dass er sich nicht rechtmässig verhalten hat, dass er sich für das Unrecht entschieden hat, obwohl er sich für das Recht hätte entscheiden können“. Der **normative Schuldbegriff** des StGB setzt also voraus, dass die Tat auf einen **freien Willensentschluss** des Täters zurückgeht. Dies ist historisch begründet, wurde doch das Strafrecht im 12./13. Jh. von der kirchlichen Bussenlehre her übernommen.

Die für das schuldorientierte Strafrecht so zentrale Willensfreiheit wird von der Gehirnforschung (Neurologie) stark in Frage gestellt. Diese zeigt, dass der Einzelne in bestimmten Situationen nicht beliebig entscheiden kann, dass oftmals Handlung vor dem Willen zur Handlung kommt. Gewiss gibt es Delikte, die in Willensfreiheit begangen werden, etwa Gelegenheitsdelinquenz wie Ladendiebstahl. Die Lebensläufe von Wiederholungstätern zeigen jedoch, dass diese meist schon eine schwierige Kindheit hinter sich hatten und Delikte aus –unausweichlichen- Verhaltenszwängen hinaus begehen. Wo Zwang ist, kann nicht Freiheit sein.

Würde man den normativen Schuldbegriff aufgeben und an seiner Stelle einen individualisierten Schuldbegriff anwenden, liesse sich der Schuldbegriff erst recht nicht aufrechterhalten. Bei Affekthandlungen – ein grosser Teil der Tötungsdelikte fallen darunter – müsste danach die Schuld ausgeschlossen sein. Handlungs- bzw. Willensfreiheit ist nicht beweisbar. Bereits daran würde ein rein auf Schuld aufgebautes Strafrecht scheitern. Schuld im strafrechtlichen Sinn bedeutet also keineswegs wirkliche Schuld und somit auch keine Legitimation für eine Schuldbezogene Strafe.

2. Vergeltung oder Sühne

Sühne ist die Möglichkeit, durch eigene Leistung das begangene Unrecht zu tilgen. Sühne sollte also vom freien Willen getragen sein. Eine (strafrechtlich) erzwungene Sühne ist an sich schon widersinnig. Äusserer Druck fördert lediglich die Verdrängung und Selbstrechtfertigung. Hinreichend bekannt ist zudem, dass die Strafe den Verurteilten eher brandmarkt und stigmatisiert als sühnt. Im modernen Strafrecht geht es auch nicht darum, den Bürger zu läutern, sondern nur um den Schutz der sozialen Ordnung. Strafe mit Sühne zu rechtfertigen, zielt also weitgehend ins Leere.

Eine absolute, von Prävention gelöste Straftheorie kann also nur auf Vergeltung abzielen, auf die Zufügung eines Übels, durch die man dem Täter seine Verfehlungen heimzahlt. In gewissem Umfang ist dies gerechtfertigt und notwendig. Historisch ist nämlich das Strafrecht an die Stelle der Selbsthilfe, der Lynchjustiz getreten. Vergeltung hat also v.a. sozialpsychologische Gründe. Ein innerer Zusammenhang zwischen Schuld und Vergeltung ist jedoch nicht gegeben, Freiheitsentzug kann eine begangene Rechtsgutverletzung nicht aufheben.

3. Einfluss realer Interessen

Nur ein kleiner Teil derjenigen Handlungen, die sozialen oder rechtlichen Normen zuwiderlaufen, wird tatsächlich mit Strafe belegt. Jegliche Schuld auf Erden ahnden zu wollen, wäre ebenso absurd wie aussichtslos. Welche Delikte unter Strafe gestellt sind, ist das Ergebnis eines sozialen Auswahlprozesses und somit unvollständig und anfechtbar. Es kann also nur um die Sicherung elementarer sozialer Normen gehen und nicht darum, auf Erden eine höhere Gerechtigkeit herzustellen. Die absolute Straftheorie als einzige Begründung für Strafe wird deshalb kaum noch vertreten.

II. Die Strafe als Mittel der Verbrechensverhütung (relative Straftheorien)

Bei diesen besteht eine Relation, Beziehung zwischen der Strafe und dem Zweck. Sie sind zudem – im Gegensatz zu den absoluten Theorien – zukunftsbezogen.

1. Spezialprävention

Die Strafe kann das Verbrechen verhüten, indem sie auf den Täter einwirkt (Spezialprävention). Zum Einen dadurch, dass man ihn vor weiteren Delikten abschreckt oder ihn bessert, oder aber indem man ihn „unschädlichmacht“ oder wegspernt durch Internierung. Dieses Konzept ist jedoch anfechtbar: Geht es nur darum, den Rückfall zu verhindern, wird Erstdelinquent sozusagen in Kauf genommen. Zu beachten ist weiter, dass bei einer Vielzahl von Delikten überhaupt keine Rückfallgefahr besteht. Überdies wäre zu prüfen, ob die Strafe überhaupt geeignet ist, Rückfall zu verhindern. Daran sind Zweifel angebracht. Die Sanktionsforschung ergibt, dass die Wahrscheinlichkeit eines Rückfalls mit der Zahl der Vorstrafen zunimmt! Es ist also nicht auszuschließen, dass die Bestrafung selber den Rückfall sogar begünstigt. Auch die Internierung ist fragwürdig: wenn sich nach der Freilassung den Rückfall begünstigt. Die Strafe also ausschliesslich auf die Bedürfnisse der Spezialprävention zu beziehen, würde gebieten, in vielen Fällen auf eine Strafe zu verzichten, in denen die Öffentlichkeit dies nicht hinnehmen würde. Tötungsdelikte sind häufig das Ergebnis von Beziehungskonflikten. Der Täter ist i.d.R. nicht weniger angepasst und nicht gefährlicher als andere Bürger, die nur nie einem solchen Konflikt ausgesetzt waren. Ein solcher Täter ist wenig rückfallgefährdet. Die Spezialprävention zielt ins Leere, trotzdem wäre Straffreiheit hier unerträglich.

Mit der Strafe verbindet sich ein massiver sittlicher Vorwurf. Dieser Vorwurf wird aber nicht an der Gefährlichkeit des Täters gemessen. Sonst müsste ein -strafrechtlich- schuldunfähiger, gefährlicher psychisch kranker Täter bestraft werden. Dass dies nicht sein soll, darüber besteht Einigkeit. Auch die Spezialprävention kann die öffentliche Strafe nicht ausreichend begründen.

[Bsp. Ackermann: NS-Offizier Amon Göth, KZ-Leiter und mehrfacher Mörder, angenommen er wäre nach dem Krieg unerkannt nach Südamerika geflüchtet und hätte dort ein Kinderheim aufgebaut und wäre völlig resozialisiert., so könnte er nach dem Grundgedanken der Spezialprävention nicht mehr bestraft werden, da jegliche Rückfälligkeit ausgeschlossen ist.]

2. Generalprävention

Bei den Unsicherheiten und Fragezeichen beim bisher Aufgezeigten, überrascht es nicht, dass der Schwerpunkt vermehrt auf die Generalprävention gelegt wird; also auf das Einwirken auf die Allgemeinheit.

a) Negative Generalprävention

Darunter versteht man die von FEUERBACH beschriebene Abschreckung potentieller Rechtsbrecher durch Strafandrohung. Der Glaube an die abschreckende Wirkung der Strafe spielt in der öffentlichen Meinung und in der Rechtsprechung immer noch eine erhebliche Rolle, hat aber in der Wissenschaft allen Kredit verloren (!). Sozialwissenschaftlich wird vorgebracht, dass Ent-

scheidungen für oder gegen die Begehung einer Straftat normalerweise nicht in rationaler Abwägung der Vor- und Nachteile erfolgen. Der Nachteil einer Strafandrohung kann also auch keinen Eingang in die Entscheidungsfindung für oder gegen die Begehung eines Deliktes des Täters finden. Entscheidend für die Abschreckung scheint lediglich zu sein, ob eine Handlung strafrechtlich geahndet wird oder nicht. Auf das Strafmass kommt es weniger an.

Es gibt weitere Gründe dagegen, die Strafe allein auf den Abschreckungsgedanken zu stützen. Das öffentliche Interesse der Abschreckung allein rechtfertigt den massiven Eingriff in die Freiheiten des Betroffenen durch die Strafe nicht.

b) Positive Generalprävention

Die Angreifbarkeit der negativen Generalprävention lässt die positive Generalprävention in den Vordergrund treten. Sie meint die Stärkung des Vertrauens der Allgemeinheit in die Rechtsordnung, die Stärkung des Rechtsbewusstseins der Bevölkerung („Verbrechen lohnt sich nicht“), den Befriedigungsaspekt. Inwieweit Strafe allerdings diese Ziele erfüllen kann bleibt offen.

Was als Erkenntnis aus den absoluten, wie auch relativen Straftheorien bleibt, ist dass die Strafe bis auf weiteres für die Aufrechterhaltung der rechtlich geschützten Ordnung unerlässlich ist.

III. Täter-Opfer-Ausgleich

Dieser ist gegen Ende des letzten Jahrhunderts als weitere Aufgabe der Strafe hinzugekommen: die Wiedergutmachung des durch die Tat angerichteten Schadens. Während es bei der Prävention um die Verhinderung künftiger Delikte geht, geht es hier um die Bewältigung des in der Straftat liegenden sozialen Konfliktes. Als Täter-Opfer-Ausgleich gilt dabei ein zwischen den Beteiligten persönlich stattfindender Prozess der Verständigung. Allerdings gibt es Taten, die zu schwer wiegen, als dass ein solcher Ausgleich möglich wäre. Zudem gibt es Verletzte, die den Kontakt mit dem Täter ablehnen und Delikte gegen Gemeininteresse, bei denen sich kein Opfer finden lässt. Gelegentlich wird auch von der „symbolischen Wiedergutmachung“ gesprochen, der „dritten Spur“ im Strafrecht. Inwieweit diese aber an die Stelle traditioneller Strafen treten können, ist ungeklärt.

Das revidierte StGB trägt dem Gedanken insofern Rechnung, als von einer Strafverfolgung abgesehen werden kann, wenn der Täter den Schaden gedeckt oder alle zumutbaren Anstrengungen unternommen hat, um das Unrecht auszugleichen, sowie die Voraussetzungen für einen bedingten Strafaufschub erfüllt und das Interesse der Öffentlichkeit und des Geschädigten zur Strafverfolgung gering sind (Art. 53, „Opportunitätsprinzip“).

IV. Folgerungen

Aus den angestellten Überlegungen ergibt sich, dass Sinn und Zweck der Strafe unter keinem der verschiedenen Gesichtspunkte zureichend zu begründen sind. Sie sind aber auch nicht unzutreffend, jedoch kann keiner Ausschliesslichkeit beanspruchen. Die Strafe hat in den Augen der Allgemeinheit die Bedeutung, den Rechtsbruch symbolisch aufzuheben. Sie bleibt schuldbezogene Vergeltung, ohne Schuld ist sie nicht zu rechtfertigen. Schuld reicht aber nicht aus, um den Eingriff der Strafe zu rechtfertigen. Es braucht dazu ein öffentliches Interesse wie etwa die Generalprävention. Die Strafe soll weiter auch so geartet sein, dass sie weiteren Delikten des Täters entgegenwirkt oder sie zumindest nicht noch fördert. Ein einheitlicher Zweck der Strafe lässt sich nur auf hohem Abstraktionsniveau formulieren.

§ 3 Verbrechenstdefinitionen

Der Kreis der mit Strafe bedrohten Handlungen ändert sich mit der Zeit. Es muss dargelegt werden können, warum eine bestimmte Handlung unter Strafe steht und einer andere nicht.

Somit sind Kriterien gefragt, an denen sich die Frage der Strafwürdigkeit eines Verhalten entscheiden muss. Welche Normen sind so elementar, dass sie strafrechtlich relevant sind?

A Ansätze zu einem materiellen Verbrechensbegriff (N 2-

V. Rekurs auf sozialetische Normen

Im StrafR geht es um **elementare soziale Normen**. Gemäss JELINEK soll das Recht „das ethische Minimum“ sein. Andererseits kann nicht alles, das moralisch verwerflich ist, unter Strafan drohung stehen.

VI. Rationale Gesichtspunkte

1. Rechtsgutlehren

Gemäss anerkannter herrschender Lehre ist es Aufgabe des StrafR, „**den durch das Recht geschützten Gütern, den Rechtsgütern, einen verstärkten Schutz zu verleihen**“ (Schultz). Strafbestimmungen ohne Bezug auf ein bestimmtes Rechtsgut darf es danach nicht geben. Der Begriff des Rechtsgut ist bis heute nicht wirklich geklärt. Es geht bei den RG sowohl um Individualinteressen (Leben, körperliche Unversehrtheit), als auch um Universalinteressen. Kulturell oder moralisch begründete Interessen sollen nicht als RG definiert werden.

2. Funktionale Gesellschaftstheorien

Auch der Versuch, die RG von der Gesellschaft her, als Mindestbedingungen menschlichen Zusammenlebens zu definieren, schafft Schwierigkeiten. Die Bedingungen erträglichen menschlichen Zusammenlebens hängen von den gerade herrschenden Wertüberzeugungen ab. Auch: Lenkungsfunktion.

3. Grundlegend neue Gesichtspunkte

Der Versuch, das StrafR auf den Schutz fassbarer Rechtsgüter einzuschränken ist ebenso untauglich. Die Umwelt, Prozesse sind kein solches fassbares Rechtsgut.

VII. Kritische Masstäbe

B Formale Erfordernisse des Verbrechens

I. Der Gedanke des Täterstrafrechts

II. Varianten eine Täterstrafrechts

2. Abschnitt: Quellen und Geltungsbereich des Strafrechtes

§ 4 Die Quellen des Strafrechts

Recht ist **ein System von Normen, das Anspruch auf Verbindlichkeit erhebt**, auf Geltung. Die Entstehungsumstände solcher Geltung nennt man Rechtsquellen. Im Vordergrund stehen die im Verfahren der Gesetzgebung von der Legislative geschaffenen Rechtsnormen. Aber auch das Gewohnheitsrecht und das Richterrecht sind Rechtsquellen. Für sie alle gelten im Straf recht besondere Regeln.

A Formelles Recht

Den Vorrang formellen Rechts bekräftigt Art. 1 StGB: Keine Sanktion ohne Gesetz. Strafbarkeit wird also nur durch Gesetz begründet und nur für die Zukunft und niemals für die Vergangenheit.

I. Der Grundsatz „*nullum crimen, nulla poena sine lege*“

1. Geschichtliche Herkunft

Niemand kann sein Verhalten nach einer Norm richten, die im Zeitpunkt seines Handelns noch gar nicht existierte und die er demzufolge nicht kennen konnte. Diese auf CICERO zurückgehende Regel ist in ihrem Kern bis in die Neuzeit geblieben. Während der Aufklärung forderten LOCKE und MONTESQUIEU, die Ausübung staatlicher Gewalt, auch der des Richters, sei strikt an das Gesetz zu binden. Die heute gebräuchliche latinisierte Fassung „*nullum crimen...*“ geht auf FEUERBACH zurück. Diese Regel ist heute in allen Kulturstaaten als Freiheitsrecht verankert und auch Bestandteil der EMRK. Nur totalitäre Macht weicht davon ab.

2. Heutige Bedeutung

Der Grundsatz „Keine Strafe ohne Gesetz“ hat in der Schweiz **Verfassungsrang (materielles Verfassungsrecht)**. Lange Zeit herrschte die Meinung, der Begriff „Gesetz“ umfasse hier auch materielles Gesetz, also auch Verordnungsrecht. Nach neuerer Praxis des BGer bedarf jedoch jede Strafe, welche einen *Freiheitsentzug* mit sich bringt, als schwerer Eingriff in die Freiheitsrechte einer klaren Grundlage in einem **formellen Gesetz**. Für mildere Strafen genügt demnach auch eine Verordnung. Dem entspricht auch BV Art 10 und 36.

3. Folgerungen

a) Rückwirkungsverbot / Zeitlicher Geltungsbereich („*nulla poena sine lege praevia*“, N 10-13)

Jede Strafnorm bezieht sich auf eine Verhaltensnorm. Das Rückwirkungsverbot umfasst zwei Aspekte: Die Strafbarkeit kann sowohl durch **strengere Anforderungen** an die Verhaltensnorm (z.B. Senkung der zulässigen Höchstgeschwindigkeit) oder aber durch eine **neue Sanktion** (z.B. Erhöhung der angedrohten Strafe). Das Rückwirkungsverbot umfasst beide Aspekte.

Nach v. LISZT ist das Strafrecht die „*magna charta des Verbrechers*“. Sie zeigt ihm den **straffreien Spielraum** auf. Noch wichtiger und schutzbedürftiger ist aber der weitere Ansatz, dass es beim Rückwirkungsverbot um die **Verhütung Missbrauchs staatlicher Macht** geht. Der Vertrauensschutz gebietet, dass erkennbar sein muss, welches Verhalten mit welcher Strafe bedroht ist.

Das Rückwirkungsverbot **gilt nicht für Aufhebung oder Milderung** einer Strafvorschrift. Das StGB sieht sogar die Rückwirkung milderer Rechts ausdrücklich vor (Art. 2). Diese Norm bezieht sich auch auf spätere Teilrevisionen des StGB. Das mildere Gesetz soll zurückwirken, weil die Tat zufolge Änderung der Rechtsauffassung nicht mehr (oder weniger stark) strafwürdig erscheint. Das Rückwirkungsverbot gilt allerdings nicht für Gesetze, die zum vornherein nur für eine bestimmte Zeit erlassen werden (sog. Zeitgesetze). Zuwiderhandlungen gegen Zeitgesetze sind auch strafbar, wenn das Gesetz im Zeitpunkt der Beurteilung nicht mehr in Kraft ist (z.B. Tierseuchenvorschriften).

b) Verbot unbestimmter Strafvorschriften („nulla poena sine lege certa“, Bestimmtheitsgebot, N 14-16)

Das Verbot unbestimmter Strafvorschriften gilt wie das Rückwirkungsverbot sowohl für die Verhaltensnorm wie auch für die zugehörige Sanktion. Allerdings lässt sich der Bedeutungsgehalt eines Begriffs oder Norm niemals mit völliger Sicherheit bestimmen. Kein Gesetzeswortlaut schliesst jeden Zweifel aus. Bei der Umschreibung der mit Strafe bedrohten Verhaltens ist eine Unbestimmtheit am wenigsten erträglich. Auch beim Strafmass ist die Frage aktuell. Bei manchen Delikten ist der gesetzliche Rahmen so weit gespannt, dass dem Richter die gesamte Skala möglicher Strafen zur Verfügung steht – für ein und dasselbe Delikt.

II. Die formellen Rechtsquellen im Einzelnen (N 18-22)

1. Bundesrecht

Beim Bundesrecht steht das StGB von 1937, revidiert, in Vordergrund, es bildet das Kernstrafrecht. Daneben gibt es Strafvorschriften in anderen Bundeserlassen, die als Nebenstrafrecht bezeichnet werden. Sie regeln besondere Sachbereiche (z.B. SVG, neues Jugendstrafrecht) oder sind zeitlich gebunden und deshalb nicht im StGB integriert.

2. Kantonales Recht

Der Umfang, in dem kantonales StrafR zulässig ist, wird mit Art 335 begrenzt. Den Kantonen ist das Übertretungsstrafrecht überlassen, insofern es nicht Gegenstand des BG ist. Es handelt sich also um jene Handlungen, die mit Busse bedroht sein können. Andere, weitergehende Strafen darf das kantonale Recht nicht androhen.

B Gewohnheitsrecht („nulla poena sine lege scripta“, N 23-27)

Nichtgeschriebenes, ungesetztes Recht wird gemeinhin als Gewohnheitsrecht bezeichnet. Uri und NW kannten bis zur Inkraftsetzung des StGB kein Strafgesetzbuch. Strafrechtlichem Gewohnheitsrecht setzt der Grundsatz „Keine Strafe ohne geschriebenes Gesetz“¹ bzw. das Verbot Straf begründenden Gewohnheitsrechtes sehr enge Grenzen.

I. Einschränkungen

Eine Strafandrohung kann mittels Gewohnheitsrecht weder geschaffen, noch verschärft werden. Gewohnheitsrecht hat höchstens im AT des StGB eine gewisse Bedeutung. Etwa dort, wo gesetzliche Begriffe nicht klar umschrieben sind (Gehilfe, Art. 25, strafbarer Versuch, Art. 22). Die Anwendung von Gewohnheitsrecht ist hier zulässig, da die Strafbarkeit weder begründet noch ausgedehnt wird. Es geht lediglich um die Präzisierung einer bereits bestehenden, gesetzlich vorgesehenen strafrechtlichen Handlung.

II. Wirkungsmöglichkeiten

Für strafrechtliches Gewohnheitsrecht verbleiben drei Wirkungsmöglichkeiten: Gewohnheitsrecht ist zulässig, wenn es darum geht, die Strafbarkeit einer Handlung zu mildern oder auszuschliessen. Bsp. Kann mittels Gewohnheitsrecht die Aufhebung (Derogation) überholter, aber formell nicht aufgehobener gesetzlicher Bestimmungen erfolgen. Dies ist weniger im häufig revidierten StGB als vielmehr beim Nebenstrafrecht denkbar. Bei einer Reihe von Handlungen schöpft die Gerichtspraxis den gesetzlichen Strafrahmen, den sie als zu hart empfindet nicht

¹ Mit Gesetz ist hier formelles Gesetz zu verstehen, gem. BGE ist auch ein selbständige Vo möglich

aus. Diese Milderung kann sich zu Gewohnheitsrecht entwickeln. Auch die oben erwähnte **Auslegung unbestimmter Begriffe** im AT kann sich schliesslich zu Gewohnheitsrecht entwickeln.

C Richterrecht

Jedes Gesetz bedarf der Interpretation (Auslegung) und diese ist ein schöpferischer Vorgang. Richterrecht ist als Rechtsquelle anerkannt.

I. Gesetzesbindung („nulla poena sine lege stricta“, Analogieverbot, N 28-36)

Die Garantiefunktion des Gesetzes ist nur gewahrt, wenn sich Richterrecht an den vom StGB gezogenen Rahmen hält. Es geht also um die Frage, **wo die Grenze zu ziehen ist zwischen zulässiger Auslegung und Entwicklung neuer Rechtssätze**, die dann unzulässig sind wenn sie strafbegründend oder verschärfend sind (Art. 1). Durchgesetzt hat sich in der Praxis die Auffassung, dass es **nicht auf den Wortlaut** des Gesetzestextes **sondern auf den Wortsinn** einer Norm ankommt. Massgeblich ist nicht der Buchstabe des Gesetzes sondern dessen Sinn, der sich aus den ihm zugrunde liegenden Zweck ergibt. Der Zweck kann im Wortlaut ungenügend ausgedrückt sein. Sinngemässe Auslegung kann auch zu Lasten des Angeklagten vom Wortlaut abweichen. Art. 1 verbietet es lediglich, neue Straftatbestände zu schaffen oder so auszuweiten, dass die Auslegung durch den Sinn des Gesetzes nicht mehr gedeckt ist. Krass fehlerhaft wäre, der Frage nach dem Grundgedanken (Wortsinn) auszuweichen und sich stattdessen zu Fragen, ob die Gründe, die den Gesetzgeber zum Erlass einer Strafnorm bewogen haben, nicht auch für die Aufnahme weiterer Verhaltensweisen sprächen (Verbot der Ausweitung auf neue Tatbestände). Zulässige Auslegung vs. Verbotene Analogie.

II. Regeln der Auslegung

Das StGB erscheint in drei Landessprachen, die gleichwertig sind. Massgebend ist nicht der für den Täter günstigste oder der in seiner Muttersprache erscheinende Text sondern der „richtige“ Text. Beantwortet das Gesetz eine Rechtsfrage nicht, spricht man von einer Lücke. Zwei Möglichkeiten sind denkbar:

Das Fehlen einer Regelung kann vom Gesetzgeber **gewollt sein** (sog. „**qualifiziertes Schweigen**“): die Straflosigkeit kann gewollt sein, wenn eine Straftatbestand als lückenhaft erscheint oder die Strafbarkeit kann gewollt sein, wenn eine die Straflosigkeit anordnende Vorschrift fehlt. In beiden Fällen weist das Gesetz keine wirkliche Lücke auf und der Richter ist an das Gesetz gebunden.

Anders liegt der Fall, wenn die Lücke **nicht gewollt sein kann** (sog. „**planwidrige Unvollständigkeit**“) und eine Regelung als unerlässlich erscheint. Der Richter darf dann zur Auslegung greifen, wenn sich dies für den Täter vorteilhaft auswirkt.

III. Bindungswirkung?

Die ständige Praxis der Gerichte hat ähnliche Wirkung wie das Gesetz. Es stellt sich daher zunehmend die Frage, ob das gesetzliche Rückwirkungsverbot nicht auch für die Auslegung gelten müsste. Dafür spricht, dass Richterrecht den Charakter einer eigenständigen Rechtsquelle hat. Verfahrensrechtlich stellen sich allerdings Probleme. Soll ein solches Rückwirkungsverbot nur für die Rechtssprechung des BGer oder auch für kantonale Rechtssprechung gelten? Sollen nur publizierte Entscheide gelten? Diese Fragen müsste der Gesetzgeber klären, er hat es bisher nicht getan.

§ 5 Der Geltungsbereich des Strafrechts

Seit der Neuzeit hat der Staat das Monopol über die Herrschaftsgewalt und damit auch die Strafhoheit. Er kann die Strafhoheit auch bei Taten beanspruchen, die ausserhalb seines Territoriums begangen werden, z.B. dann, wenn Bürger seiner Nationalität daran beteiligt oder da-

von betroffen sind. Die Frage des Geltungsbereiches wird vom schweizerischen Recht bestimmt, die Bezeichnung „internationales Strafrecht“ ist diesbezüglich irreführend.

A Die räumliche Geltung

I. Bundesrecht

Das StGB enthält in den Art. 3 bis 8 Bestimmungen zum räumlichen Geltungsbereich.

1. Territorialprinzip

Das Territorialprinzip steht für die räumliche Geltung im Vordergrund. Dem StGB ist unterworfen, wer in der Schweiz ein Verbrechen oder Vergehen begeht (Art. 3 Abs. 1). Das gilt auch für Übertretungen (Art. 104). Damit wird zum Ausdruck gebracht, dass jedermann, gleich welcher Nationalität, die Gesetze der Schweiz zu respektieren hat, wenn er sich dort aufhält. Ob ein Delikt „in der Schweiz“ verübt worden ist, richtet sich nach dem **Flaggenprinzip**. Dieses umfasst sowohl das Schweizerische Staatsgebiet, als auch Schiffe und Luftfahrzeuge unter Schweizer Flagge.

Wo eine Tat i.S. von Art. 3 Abs. 1 als begangen gelten soll, richtet sich nach Art. 8, der dies präzisiert (**Ubiquitätsprinzip**). Bei Unterlassungen ist Begehungsort, wo der Täter hätte handeln sollen („pflichtwidrig untätig bleibt“), oft also sein Aufenthaltsort zum Zeitpunkt der Tat. Nebst dem Ort der Handlung („ausführt“) ist auch Begehungsort, wo der Erfolg eintritt. Beim Versuch ist es der Ort des vom Täter beabsichtigten Erfolgseintrittes (Abs. 2). Bei Internetdelikten ist Begehungsort, wo der Täter die Daten ins Netz eingespielen hat, also „wo er am PC“ sass.

Das Ubiquitätsprinzip ist eng auszulegen. Damit werden Personen dem StGB unterstellt, die sich vielleicht nie in der Schweiz aufgehalten haben. Der Grundsatz, dass sich jedermann nach den Gesetzen jenes Landes zu richten hat, in dem er sich aufhält, wird dadurch aufgeweicht. Das Ubiquitätsprinzip kann zur Folge haben, dass ein Täter in der Schweiz strafrechtlich verfolgt wird, der für die gleiche Tat bereits im Ausland bestraft worden ist. Mit Art. 3 Abs. 2 (Anrechnung einer im Ausland vollzogenen Strafe, **Anrechnungsprinzip**), wird dem Umstand Rechnung getragen, dass das **Verbot der Doppelbestrafung** (ne bis in idem) nur in der Schweiz gilt.

Ist der Täter im Ausland auf Ersuchen der Schweiz verfolgt worden, wird er in der Schweiz gemäss dem **Erledigungsprinzip** nicht mehr verfolgt, wenn er entweder freigesprochen worden ist (Art. 3 Abs. 3 lit. a), oder die Sanktion vollzogen, erlassen oder verjährt ist (lit. b).

2. Schutzprinzip („Staatschutzprinzip“)

Schweizerische Interessen können auch durch im Ausland verübte Delikte berührt sein. Da es sich i.e.L. um Delikte gegen den Staat handelt, gilt das sog. **Staatschutzprinzip** von Art. 4. Werden solche durch Schweizer Bürger im Ausland verübt, ist dies sicher gerechtfertigt. Problematisch sind aber durch Ausländer im Ausland gegen die Schweiz verübte Delikte, zumal diese dort nicht unter Strafe stehen. Allerdings wird diese kritikwürdige Praxis auch von anderen Staaten praktiziert. Auch hier gilt das Anrechnungsprinzip (Abs. 2).

3. Weltrechtsprinzip („Universalitätsprinzip“)

Beim Universalitätsprinzip (Art. 6) ist charakteristisch, dass es um Delikte geht, die nicht unmittelbar schweizerische Interessen tangieren. Es geht **um schwere, weltweit geächtete Delikte**, deren Täter aufgrund internationalen Übereinkommen überall verfolgt werden sollen, wo immer sie sich auch gerade aufhalten mögen. Wer im Ausland ein solches Delikt verübt, ist dem StGB jedoch nur unterstellt, wenn die Tat auch am Begehungsort strafbar ist oder der Begehungsort keiner Strafgewalt unterliegt (Art. 6 Abs. 1 lit. a).

Auch beim Universalitätsprinzip gilt das Anrechnungsprinzip (Art. 6 Abs. 4) und das Erledigungsprinzip (Abs. 3).

Gemäss dem neuen Art. 5 findet das StGB auch Anwendung auf im Ausland begangene schwere Sexualdelikte, wenn der Täter sich in der Schweiz befindet und nicht ausgeliefert wird (**Sextourismusprinzip**). Stratenwerth dazu wörtlich: „*Es handelt sich hier um den kaum aussichtsreichen, aber publizitätsträchtigen Versuch, eine der skandalösen Auswirkungen des heutigen krassen Wohlstandsgefälles zwischen reichen und armen Ländern mit den Mitteln des Strafrechts zu bekämpfen*“. Wenig aussichtsreich wohl deshalb, weil bei Taten, die am Begehungsort nicht unter Strafe stehen, kaum Rechtshilfe zu erwarten ist. Zudem stellen sich Beweisprobleme.

4. Prinzip der stellvertretenden Strafrechtspflege

Dabei geht es um die stellvertretende Übernahme der Strafverfolgung durch die Schweiz anstelle eines anderen Staates. Bereits das Universalitätsprinzip fällt darunter. Es geht um die Solidarität der Staatengemeinschaft in der Strafverfolgung. Die Stellvertretende Strafrechtspflege setzt voraus, dass die Tat auch am Begehungsort unter Strafe steht oder dort keiner Strafgewalt untersteht (Art. 7 Abs. 1 lit. a) und dass sich der Täter in der Schweiz befindet oder an sie ausgeliefert wird (lit. b) und dass der Täter nach schweizerischem Recht ausgeliefert werden könnte (lit. c). Die nach schweizerischem Recht verhängten Strafen dürfen nicht strenger sein, als am Tatort (Abs. 3).

III. Der Gerichtsstand

Der Geltungsbereich des StGB entscheidet zugleich über die schweizerische Strafhoheit. **Davon streng zu unterscheiden ist jedoch die Frage des Gerichtsstandes**, also die Frage, welcher Kanton für die Strafverfolgung zuständig ist.

B Die persönliche Geltung (persönlicher Geltungsbereich)

Bei der persönlichen Geltung geht es im Grunde nicht um die Geltung, sondern um die Frage, bei welchen Tätern das StGB nicht zur Anwendung gelangt.

I. Diplomatische Immunität

Repräsentanten eines fremden Staates unterstehen nicht der Strafhoheit der Schweiz, auch wenn sie im räumlichen Geltungsbereich des StGB ein Delikt verüben. Sie sind wohl nicht verfolgbar, jedoch ist das StGB trotzdem anwendbar, etwa bei Notwehrhandlungen gegen sie.

II. Vorrang des Militärstrafrechts

Das StGB ist nicht anwendbar auf Personen, soweit deren Taten nach dem Militärstrafrecht zu beurteilen sind (Art. 9 Abs. 1). Welche Taten dies sind, richtet sich nach dem Militärstrafrecht.

III. Verhältnis zum Jugendstrafrecht

Bei Personen, die zum Zeitpunkt der Tat das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, findet ausschliesslich das BG über das Jugendstrafrecht Anwendung (Art. 9 Abs. 2).

2. Kapitel: Die allgemeine Verbrechenslehre

1. Abschnitt: Grundbegriffe des Strafrechts

§ 8 Die Stufen des Verbrechenaufbaus

Die Strafbarkeit einer Handlung, eines Verhaltens setzt mindestens Dreierlei voraus: 1. eine rechtsstaatliche, gesetzliche Strafandrohung. Ein diesbezüglicher Widerspruch zur Rechtsordnung ergibt sich erst, wenn sowohl die konkrete Norm verletzt ist und auch Rechtfertigungs-

gründe (unzutreffenderweise: *Rechtswidrigkeit* genannt) wegfallen. 2. ein vorwerfbares Verhalten (Schuld) und 3. ein kriminalpolitisch notwendiges Strafmass für die begangene Tat. Diese Punkte stehen in einer bestimmten Abfolge zueinander. Der dreistufige Verbrechenaufbau geht zurück auf V. LISZT und BELING.

A Der Tatbestand (N 3-12)

Der Tatbestand (TB) ist die gesetzliche Umschreibung der verbotenen Handlung. Der TB geht historisch auf das „corpus delicti“ zurück (Farinacius, 1581).

Definitionen

Im Zivilprozess wird unter TB häufig der Sachverhalt (SV) verstanden. Im StrafR ist eine andere Bedeutung im Vordergrund. Hier sind die rechtlichen Voraussetzungen gemeint, unter denen ein SV strafrechtlich bedeutsam ist. Der SV ist der Lebenssachverhalt, das tatsächliche Ereignis. Es sind drei TB-Begriffe zu unterscheiden: Im weitesten Sinne sind alle Umstände, die ein Verhalten als strafwürdig bezeichnen. Im engeren Sinne sind damit alle gesetzlichen Anforderungen gemeint, durch die das strafbare vom straflosen Verhalten abgegrenzt wird oder das Strafmass beeinflusst wird.

VIII. Der Tatbestand i.e.S.

Der TB i.e.S besteht in der Umschreibung des mit Strafe bedrohten verbotenen Verhaltens. Den Strafnormen liegen Verhaltensnormen zugrunde (Verbote oder Gebote). Die Strafnorm beschreibt die Zuwiderhandlung dagegen. Tatbestandsmässig ist ein Verhalten dann, wenn es dem mit Strafe bedrohten Verbot oder Gebot widerspricht. Die Tatbestandsmässigkeit (TBM) sagt noch nicht, dass das Verhalten strafrechtswidrig ist, es aber sein könnte (vorläufiges Unrecht). Mit der TBM weist ein Verhalten alle die das Unrecht begründenden Merkmale auf. Dies allein muss aber dann noch nicht zu einer Bestrafung des Täters führen, wenn Rechtfertigungsgründe (Rechtswidrigkeit) vorliegen (z.B. Notwehr). Selbst wenn keine solchen straffausschliessenden Gründe vorliegen sollten, ist für eine Bestrafung zusätzlich die Schuld (Vorwerfbarkeit) des Täters erforderlich. Aber: auch ein geisteskranker und somit (Art. 19) nicht schuldfähiger Täter kann den Tatbestand der vorsätzlichen Tötung erfüllen.

TBM = vorläufiges Unrecht

TBM + RW = endgültiges Unrecht (=minimale Voraussetzung für strafrechtliche Sanktionen)

B. Die Rechtswidrigkeit (Rechtfertigungsgründe, Abwehr, N 13-21)

Die unrechtsbegründenden Umstände werden bereits vom TB erfasst. Ausgehend vom dreistufigen Verbrechenaufbau ist auf der zweiten Stufe der Unrechtsausschluss, die Rechtfertigung zu prüfen.

I. Tatbestand und Rechtswidrigkeit

Die Rechtswidrigkeit (RW) ist das Fazit aus der TBM und dem Fehlen von Rechtfertigungsgründen. Eine Unterteilung in formelle und materielle RW ist überflüssig.

II. Rechtswidrigkeit und Schuld

Die RW als selbständiges Element des Verbrechensaufbaus zu betrachten, hat sachliche Gründe. Die Aufgabe des Rechts liegt nicht in der Besserung der Bürger, sondern in der Herstellung einer äusseren sozialen Ordnung. Die RW meint den äusseren Widerspruch sozialen Verhaltens zum Recht und ist deshalb gesondert von der Schuldfrage zu betrachten. Bestimmte strafrechtliche Massnahmen sind auch ohne Schuld möglich (z.B. stationäre Behandlung süchtiger Täter). Immer aber ist mindestens Unrecht, also TBM und RW dafür erforderlich. Die Unterscheidung ist auch dort wichtig, wo sich jemand an einer Straftat beteiligt. Er wird dann nicht für die Schuld des **Mittäters** sondern für das begangene Unrecht mitverantwortlich gemacht.

III. Strafunrecht

Die Frage, welche Voraussetzungen dem Unrecht und welche der Schuld zuzuordnen sind, ist schwierig zu beantworten und z.T. umstritten. Rechtfertigungsgründe liegen vor, wenn es um die Rettung von – höherwertigen – Rechtsgütern geht. Blosser Schuldausschlussgründe liegen vor, wenn dem Täter eine *persönliche Zwangslage* zugute zu halten ist.

C. Die Schuld (N 22-26)

Strafe enthält stets einen persönlichen Vorwurf. TBM und RW können die Strafe *allein* noch nicht rechtfertigen. Dazu braucht es zusätzlich eine Antwort auf die Frage, ob dem Täter eine Verantwortlichkeit, ob ihm das begangene Unrecht zur Last gelegt werden kann (Art 14).

I. Die Schuld als Vorwerfbarkeit

Umgangssprachlich wird mit dem Begriff „Schuld“ häufig der Sachverhalt, zum Teil auch der Wille, Vorsatz gemeint (subjektiver Tatbestand). Beim Deliktsaufbau im StrafR ist der Begriff viel enger zu fassen: er umfasst hier ausschliesslich die Frage der Vorwerfbarkeit einer Tat. Vorwerfbar ist eine Tat dann, wenn der Täter die Freiheit gehabt hätte, sich der Rechtsnorm zu fügen. Unrecht wird deshalb auch mit „Sollen“ bzw. Schuld mit „Können“ bezeichnet. **Beim Unrecht geht es allein um die Verletzung der Sollensforderung**, unabhängig davon, ob der Täter imstande war, dieser Forderung nachzukommen. Bei der Schuld hingegen geht es um die individuelle Fähigkeit des Täters, diese Forderung erfüllen zu können. **Rechtswidrig handelt, wer nicht tut, was er tun soll. Schuld ist er, wenn er das Gesollte auch hätte tun können.**

II. Voraussetzungen der Schuld

Die Frage der Schuld umfasst drei Voraussetzungen: Der Täter muss zum Tatzeitpunkt **fähig sein**, das *Unrecht einzusehen und sich nach dieser Einsicht zu richten*. An dieser Fähigkeit kann es z.B. bei jugendlichen oder psychischen Störungen fehlen. Zweitens muss er um das Unrecht wissen, oder die Möglichkeit haben, es zu wissen (**Unrechtsbewusstsein**). Schliesslich darf für eine Schuld keine für den Täter **aussergewöhnliche Bedrängnis** vorliegen. Strafrechtliche Schuld wird negativ festgestellt. Die Schuldfähigkeit ist gegeben, wenn Ausschlussgründe fehlen. Die Schuldfähigkeit im Strafverfahren wird nur geprüft, wenn besondere Umstände sie zweifelhaft erscheinen lassen (Art. 20).

D. Sonstige Voraussetzungen der Strafbarkeit (N 27-31)

Die strafrechtliche Schuld rechtfertigt noch keine Strafe. Dazu muss zum Schutz der sozialen Ordnung eine Strafe erforderlich sein. In Bagatellfällen kann von einer Bestrafung abgesehen werden (Art. 52). Zudem gibt es Verhaltensweisen, bei denen eine Strafe erst jenseits von Unrecht und Schuld liegende Umstände begründet, abgeschwächt oder ggf. aufgehoben wird. Sie bilden eine vierte und letzte Gruppe im (an sich) dreistufigen Verbrechensaufbau. Nach rechts-

kräftiger Aburteilung einer Tat ist die erneute Strafverfolgung ausgeschlossen („ne bis in idem“). Es lassen sich drei Gruppen von materiellen Voraussetzungen der Strafbarkeit jenseits von Unrecht und Schuld unterscheiden:

1. Die objektiven Bedingungen der Strafbarkeit. Als Bsp. dient hier der Raufhandel (Art. 133). Die Beteiligung daran ist verboten, strafrechtlich geahndet wird sie jedoch nur bei Eintritt (Erfolg) von Tod oder Körperverletzung.

2. (persönliche) Strafausschlussgründe, am Bsp. der parlamentarischen Immunität. Hier ist das Interesse an der ungehinderten Ausübung der Tätigkeit der Volksvertreter grösser als die Durchsetzung des StrafR etwa bei Ehrverletzung.

3. Strafaufhebungsgründe. Genannt seien Fälle von Wiedergutmachung, Tod oder Amnestie, behördliche Begnadigung des Täters.

§ 9 Die Tatbestandsmässigkeit

Der Begriff des Tatbestandes bezieht sich hier nur auf die unrechtsbegründenden Tatumstände. Im Kern enthält er die Beschreibung der verbotenen Handlung. Handlungen weisen eine Aussenseite (objektive S.) und eine Innenseite (subjektive S.).

A Der objektive Tatbestand (N 1-45)

I. Der Kreis möglicher Täter

Die Beschreibung der äusseren Merkmale verbotenen Handelns beginnt beim Täter

1. Gemeine Delikte

Die meisten Normen im StrafR richten sich an jedermann (wer...). Die h.L. folgert bisher, dass nur natürliche, nicht aber juristische Personen eine Straftat begehen können. Indes sind seit kurzem Bestrebungen im Gange, dass bestimmte Deliktskategorien auch für juristische Personen gelten könnten (Unternehmenshaftung). (Dies in Abweichung zum Grundsatz „societas non potest delinquere“, vgl. Vorlesung ZGB I)

2. Täterschaftliche Merkmale

Einige Delikte können nur von Personen verübt werden, die bestimmte Voraussetzungen erfüllen, Bsp.: „Mitglieder eine Behörde oder Beamte“. Man spricht hier von objektiv-täterschaftlichen Merkmalen. Diese Merkmale zeigen eine **Sonderpflicht** des Täters an. Ein Beamter hat besondere Pflichten zur Sorgfalt usw. Auf Träger spezieller Pflichten beschränkte Straftaten heissen Sonderdelikte. Bei den **echten SD** wird die Strafbarkeit erst durch die Verletzung der Sonderpflicht begründet (Amtsmissbrauch Art. 312). Ein **unechtes Sonderdelikt** liegt vor, wenn die Verletzung der Sonderpflicht die Strafbarkeit lediglich erhöht (Veruntreuung ist strafbar, qualifizierte Veruntreuung durch Beamte erhöht das Strafmass, Art. 138).

Andere täterschaftliche Merkmale beschreiben eine *Beziehung zwischen Personen*, innerhalb sich deren eine strafbare Handlung abspielen kann (Blutsverwandte in gerader Linie, Inzest, Art. 213). Die Unterscheidung zwischen Sonderdelikt und Beziehung kann schwierig sein, ist aber wichtig für die Frage von Täterschaft und Versuch.

Eine dritte Kategorie gehört streng genommen nicht zum Tatbestand sondern zur Schuld. Bsp.: Eine Mutter, die aus einer Notlage heraus während der Geburt ihr Kind tötet. Ihre Schuld wird dadurch gemildert (Art. 116). Dieser Umstand sollte eigentlich erst bei der Schuldfrage gewürdigt werden. Der Einfachheit halber geschieht dies aber oft bereits beim Tatbestand.

II. Die Tathandlung (N 8-45)

1. Tätigkeitsdelikte

Beim Tätigkeitsdelikt **erfüllt bereits die blosser Handlung den strafbaren Tatbestand**. Es braucht keinen über die Tathandlung hinausgehenden äusseren (abschottbaren) Erfolg (Bsp. Diebstahl, Sexualdelikte, Inzest, falsche Zeugenaussage). Tatausführung (Handlung) und Erfolg sind strikt auseinander zu halten (Art. 8, 98).

2. Erfolgsdelikte

Erfolgsdelikte charakterisieren sich durch den äusseren, **von der Tathandlung abschottbaren Erfolg**. Der Erfolg kann vielfältiger Natur sein. Tötung ist ein Erfolgsdelikt. Der Erfolg liegt im Tod eines Menschen.

a) Der Taterfolg

Die Strafnorm beschreibt i.d.R. ein Tat- oder Handlungsobjekt (Angriffsobjekt). Dieses Tatobjekt ist streng zu unterscheiden vom schützenswerten Rechtsgut. Viele Rechtsgüter haben im übrigen kein körperliches Tatobjekt. Ein Rechtsgut wird auch beim Tätigkeitsdelikt verletzt oder gefährdet, bei dem wir keinen äusseren Erfolg voraussetzen.

Je nach **Eingriffsnähe zum Rechtsgut** wird zwischen **Verletzungs- und Gefährdungsdelikten** unterschieden. Bei Ersterem wird das Rechtsgut beeinträchtigt, beim Zweiten lediglich gefährdet. Ein konkretes Gefährdungsdelikt liegt vor, wenn die Strafnorm den Eintritt der Gefährdung erfordert (Art. 127, 129 Lebensgefahr). Konkrete Gefährdungsdelikte sind Erfolgsdelikte, während abstrakte Gefährdungsdelikte Tätigkeitsdelikte sind. Abstrakte Gefährdungsdelikte sind wegen ihrer **typischen Gefährlichkeit** mit Strafe bedroht (SVG, Überfahren der Sicherheitslinie). Folgende vier Kombinationen in der Einteilung von Delikten sind möglich:

Mögliche Kombination	Bsp. Art. StGB
Tätigkeits- und Verletzungsdelikt	Inzest, 213
Tätigkeits- und Gefährdungsdelikt	Falsche Zeugenaussage, 307
Erfolgs- und Verletzungsdelikt	Tötung, 111 ff
Erfolgs- und Gefährdungsdelikt	Verursachen einer Explosion, 223

b) Die Zurechnung des Erfolges

Strafbar ist ein Erfolg nur, wenn menschliches Fehlverhalten vorausgeht. Beim Handlungsdelikt, von dem hier die Rede ist, muss der Erfolgseintritt auf menschliches Handeln (nicht unterlassen) zurückzuführen sein, also **ein äusserer tatsächlicher Zusammenhang zwischen Handlung und Erfolg** bestehen. Um diesen Zusammenhang geht es bei der **objektiven Zurechnung**.

Schwierigkeiten ergeben sich dabei, wenn Handlung und Erfolg weit auseinander liegen oder auf komplizierte Weise zueinander in Bezug stehen. Bsp: Erfüllt der Hersteller einer Waffe, die für eine Straftat verwendet wird, den Tatbestand des Tötungsdeliktens? Es kommt hier auf mehrere sich ergänzende Gesichtspunkte an:

aa) Kausalität, als Element der Zurechnung

Vorgehen: 1. Prüfung nat. K, wenn bejaht: 2. Prüfung ad. K. (ergänzend). Eine rechtserhebliche Kausalität setzt immer eine nat. K. voraus.

(1) „Natürliche“ Kausalität, (Bedingungs-, Äquivalenz-, Gleichheitstheorie)

Aus dem 19. Jh. Stammt die Bedingungstheorie (auch Äquivalenztheorie genannt, aequivalent, für Gleichheit, alle Bedingungen sind gleichwertig und gültig). Für sie sind alle Bedingungen, die zum Eintritt des Erfolges mitwirken, gleichwertig. **Als Ursache eines Erfolges gilt danach jede Bedingung, die nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass auch der konkrete Erfolg entfielen** (sog. „*conditio sine qua non*“-Formel². Auf den Waffenhersteller bezogen (s.o.), würde dies heissen, dass er sich die Straftat seines Kunden anrechnen lassen muss. Gegen die Bedingungstheorie wird denn auch zu Recht eingewendet, dass sie zu weit greift. Diese Zusammenhänge sind naturwissenschaftlich nachweisbar, deshalb „natürliche Kausalität“. Die nK ist eine Tatfrage, deshalb ist der Weiterzug an das BGER nicht möglich.

(2) Adäquate Kausalität

Die **Adäquanztheorie** hat als alleinige Methode Bedeutung erlangt, wenn es darum geht, die Kausalität so einzuengen, dass von vornherein unerhebliche Bedingungen des Erfolges nicht mehr erfasst werden. Sie stützt darauf ab, dass die strafrechtliche Haftung nicht über die Fähigkeiten eines Menschen, Kausalabläufe zu beherrschen und zu steuern, hinausgehen kann. **Rechtlich bedeutsam soll daher nur diejenige natürliche Ursache sein, die „nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und nach der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet war, einen Erfolg von der Art des eingetretenen herbeizuführen“** (BGE 95 IV 143). Eine Bedingung, die der Täter nicht beeinflussen konnte, soll ihm auch nicht zum Nachteil gereichen.

Eine Kausalität ist also dann nicht (strafrechts-)erheblich, wenn zu der vom Täter geschaffenen Bedingung **ganz aussergewöhnliche Umstände** (Mitverschulden Dritter, Materialfehler) als Mitursachen hinzutreten, mit denen nicht gerechnet werden musste und die so schwer wiegen, dass sie als wahrscheinlichste Bedingung erscheinen und die vom Täter geschaffene Bedingungen in den Hintergrund drängen.

Eine erste Herausforderung besteht darin, dass im Nachhinein über die Geschehensabläufe zum Tatzeitpunkt geurteilt werden muss. Hierzu wird meist das Wissen eines hypothetischen „einsichtigen Beobachters“ mit dem Insiderwissen des Täters kombiniert. Spezialkenntnisse belasten den Täter.

Die **Adäquanztheorie** erlaubt es nicht, eine **exakte Grenze zwischen rechtlich erheblichen und unerheblichen Kausalabläufen zu ziehen**. Dies ist an sich für eine so wichtige Grundfrage unerfreulich. Trotzdem hat sie sich durchgesetzt. Deshalb: **5 Fallgruppen der objektiven Nicht-Zurechnung**. Die Zurechnung ist eine normative Frage und damit eine Rechtsfrage. Somit ist der Weiterzug an das BGE möglich.

² Die *Conditio-sine-qua-non*-Formel ist eine Methode in der Rechtswissenschaft, mit der festgestellt wird, ob ein Vorgang oder eine Handlung ursächlich für eine bestimmte Tatsache ist. Die Beurteilung der Kausalität ist zum Beispiel von Bedeutung im Strafrecht und im Schadensersatzrecht. Bei Erfolgsdelikten kann nur bestraft werden, wer einen bestimmten Erfolg hervorgerufen hat. Für einen Schaden haftet grundsätzlich nur, wer ihn herbeigeführt hat. Es ist also häufig erforderlich, die Ursache einer bestimmten Folge festzustellen, um herauszufinden, ob der Tatbestand einer Rechtsnorm erfüllt ist.

Die *Conditio-sine-qua-non*-Formel besagt, dass jeder Umstand kausal ist, der nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg entfielen; er muss *conditio sine qua non* sein (lat. wörtlich: "Bedingung, ohne die nicht"; 'notwendige Bedingung'). Die Formel ist nicht unumstritten, da der Erkenntnisgewinn an sich gering ist: Um entscheiden zu können, ob der Erfolg entfällt, wenn man die Handlung hinwegdenkt, muss man bereits wissen, ob die Handlung kausal für den Erfolg ist. Zumindest kann die *Conditio*-Formel einen Kausalzusammenhang evident machen und hat insofern Begründungswert. Für die Feststellung der Kausalität in schwierigen Fällen sind jedoch weitere Überlegungen und letztlich der Rückgriff auf naturwissenschaftliche Erkenntnisse notwendig (etwa wenn es um die Ursächlichkeit eines Medikaments für bestimmte Schäden geht, wie etwa in den Contergan-Fällen).

In der Forschung wurden Fälle konstruiert, bei der die klassische Formulierung zu versagen scheint. Der prominenteste davon ist das Theorem des Wanderers, der gleichzeitig von zwei Kugeln aus den Läufen der Gewehre zweier Jäger durchbohrt wird. Da jede Kugel einzeln hinweggedacht werden kann, ohne dass sich am Ableben des Wanderers etwas ändert, entfielen letztlich für beide Kugeln die Kausalität. In diesem Fall wird zu einer Hilfsformel für die sogenannte alternative oder Doppel-Kausalität gegriffen: Liegen mehrere Umstände vor, die alternativ, aber nicht kumulativ hinweggedacht werden können, ohne dass der Erfolg entfielen, so ist jeder für den Erfolg ursächlich. Quelle: Wikipedia

bb) Risikozusammenhang (vgl. 3.4.3 Skript)

(1) Risikosteigerung / Verringerung

Der tatbestandsmässige Erfolg wird jenem angelastet (zugerechnet), der das Risiko, dass der Erfolg eintreten könnte, *geschaffen oder gesteigert* hat. Für den Erfolg haftet nicht nur, wer ein Rechtsgut in Gefahr bringt (Gefährdungsdelikt), sondern auch, wer die Situation eines bereits bedrohten Rechtsgutes *verschlechtert*. Strafrechtlich relevant ist also auch die Vorverlegung eines Erfolges (z.B. die Tötung eines Sterbenden), oder die Vergrösserung des Ausmasses einer Rechtsgutverletzung (wie bei Verschlimmerung eines Krankheitszustandes). Eine Risikosteigerung liegt auch vor, wenn Rettungsmöglichkeiten eines bedrohten Rechtsgutes geschmälert oder beseitigt werden. Hält jemand einen Krankenwagen auf, der einem Verunglückten zu Hilfe eilt, so ist ihm dessen Tod anzurechnen, wenn bei rechtzeitigem Transport grössere Überlebenschancen bestanden hätten (sog. rettender Kausalverlauf). Auf der anderen Seite ist selbstverständlich, dass eine Handlung die eine blosser Verminderung der für ein Rechtsgut bestehenden Gefahr kein tatbestandsmässiges Unrecht sein kann (**Risikoverringerung**, vgl. Skript, 3.4.3, Ziff. 3, A. schlägt in Tötungsabsicht auf Kopf von C. B. wehrt ab, Folge: Schulterverletzung, für die B nicht verantwortlich ist, da er die schlimmere Kopfverletzung abwehrte).

Ebenfalls kein tatbestandsmässiges Unrecht stellt das mitwirkende Verschulden anderer, z.B. des Opfers oder Dritter dar (**Zurechnungsverlagerung auf Dritte**, vgl. Ziff. 5, Heroinspritzen-Fall, Selbstverletzung)

(2) Fehlen eines rechtlich relevanten Risikos / Unerlaubtes Risiko

Ein strafrechtlich relevanter Erfolg kann auch nur dann den Tatbestand erfüllen, wenn die vom Täter geschaffene oder gesteigerte Gefahr ein rechtlich missbilligtes, **unerlaubtes Risiko** darstellt. (**Fehlen eines rechtlich relevanten Risikos**, Ziff. 1, Flugreise-Fall). Anschaulich ist der Fall, wo ein „Täter“ einem anderen vom Anbringen eines Blitzableiters am Haus abrät, damit dessen Haus abbrennt. Das Abraten stellt kein rechtlich relevantes Risiko bzw. Handlung dar und dass ein Haus abbrennt, gehört zum *allgemeinen Lebensrisiko normaler Höhe*, auch **Sozialadäquanz** genannt. Als Beispiel für letztere sind auch Volksbräuche zu nennen (Fasnachts-sprüche keine Ehrverletzung).

(3) Erfolgsrelevanz - Risikozusammenhang

Der Erfolg einer Handlung muss auf das vom Täter geschaffene Risiko zurückgehen (Risikozusammenhang). Die Beurteilung dieser Frage wird schwierig, wenn zugleich weitere – nicht vom Täter geschaffene - Risiken dazukommen. Typisch hierfür sind einerseits Unterlassungsdelikte, aber auch Tätigkeitsdelikte wie dieses: Ein LKW überholt mit zu geringem Seitenabstand einen betrunkenen Fahrradfahrer. Dieser macht einen Schwenker und verunfallt tödlich. Die eine Seite der Lehre plädiert dafür, dass die objektive Zurechnung ausgeschlossen ist, wenn der Erfolg auch bei pflichtgemäsem Verhalten des LKW-Fahrers (genügend Abstand) eingetreten wäre (**Fehlender Pflichtwidrigkeitszusammenhang, bzw. rechtmässiges Alternativverhalten**). Andere Meinungen gehen dahin, dass der Fahrradfahrer bei korrektem Seitenabstand eine grössere Überlebenschance gehabt hätte. Dass er ihm diese Chance genommen bzw. geschmälert hat, mache den Fahrer für seinen Tod (mit)verantwortlich. Dies würde dann unter die Fallgruppe der Risikosteigerung fallen.

Diejenige Gefahr, die zum Erfolg geführt hat, muss dem Schutzbereich der Strafnorm widersprechen. Bsp: Wenn der Geschwindigkeitsexzess eines Automobilisten nur dazu geführt hatte, dass dieser später auf der Unfallstelle eingetroffen wäre, fehlt ein Risikozusammenhang. Es ist nicht Sinn von Geschwindigkeitslimiten, Ankunftszeiten zu ändern. Illustrativ ist auch der Fall der Brandstiftung, die den tödlichen Herzinfarkt des Hauseigentümers als Folge hat. Für diesen

kann der Brandstifter nicht haftbar gemacht werden. (**Fehlender Risikozusammenhang, oder fehlender Schutzbereich der Norm.**)

cc) Ersatzursachen

Ein weiterer Sonderfall liegt vor, wenn die vom Täter geschaffene Bedingung an die Stelle einer anderen Ursache getreten ist, die sonst den Erfolg herbeigeführt hätte. Etwa bei einem Mordanschlag durch zwei Schützen³, bei dem jeder einzelne Schuss bereits zum Erfolg (Tod des Opfers) geführt hätte. Man darf niemanden töten, nur weil dieser ohnehin –aus anderen Gründen- gestorben wäre.

3. Mischformen

Viele Straftatbestände sind weder reine Erfolgs-, noch reine Tätigkeitsdelikte. Bsp, die Geldfälschung, die Beschimpfung etc. Hier lässt sich oft auch der Kausalzusammenhang nur schwierig darstellen.

B Der subjektive Tatbestand

I. Der Aufbau des subjektiven Tatbestandes (N 47-55)

1. Die Stellung des Vorsatzes

a) Dogmengeschichtliche Entwicklung

Wo der Vorsatz im Verbrechenaufbau einzuordnen ist, war lange Zeit umstritten. V. LISTZ UND BELING als Begründer des dreistufigen Verbrechenaufbaus gingen von einer strikten Aufteilung in objektive und subjektive Deliktsmerkmale aus. So wurden lange Zeit Vorsatz und Fahrlässigkeit der Schuld zugewiesen. Davon hat sich aber die deutschsprachige StrafR-Wissenschaft abgewendet.

Wird nämlich die subjektive Seite einer Tat ausser acht gelassen, kann dem unterschiedlichen Grad des Unrechtes (z.B. bei abgewandelten Tatbeständen) nicht mehr Rechnung getragen werden. Im objektiven Tatbestand würden dann der heimtückisch begangene Mord und der unvorsichtigerweise herbeigeführte Unfall mit Todesfolgen (fahrlässiger Tötung) übereinstimmen, was zu einer unhaltbaren *Einebnung* verschiedener Grade des Unrechtes führen würde.

b) Systematische Gründe

2. Folgerungen

Der Tatbestand beim vorsätzlichen Handlungsdelikt ist in objektive und subjektive Erfordernisse aufzugliedern. Der **Vorsatz ist der Regelfall der subjektiven Seite**, des subjektiven Tatbestandes.

³ Sog. Doppelkausalität

II. Der Vorsatz (N 56-114)

1. Die Struktur des Vorsatzes

„Vorsätzlich verübt ein Verbrechen oder Vergehen, wer die Tat mit Wissen und Willen ausführt“ (Art. 12). Dies gilt auch für Übertretungen (Art. 104).

Nach der finalen Handlungslehre definiert sich eine **Handlung als willensgetragenes, bewusst vom Ziel her gelenktes menschliches Verhalten**. (sog. „finale Handlungslehre“, Welzel). Deshalb ist der Vorsatz (Wille) schon im Tatbestand enthalten.

a) Die Bedeutung des Vorsatzes

Die B. des Vorsatzes ist gross. **Vorsätzliches Verhalten ist stets, fahrlässiges nur dann mit Strafe bedroht, wenn das Gesetz dies ausdrücklich vorsieht** (Art. 12). Die Strafbarkeit des Vorsatzes ist also die Regel, jene der Fahrlässigkeit nur die Ausnahme. Das StGB kennt nur eine beschränkte Anzahl von Handlungen, bei denen auch die F. strafbar ist. Die Zahl der mit Strafe bedrohten fahrlässigen Handlungen ist im Vergleich zum Vorsatz bescheiden. Im Bereich der Vermögens- und Sexualdelikte existieren kaum Fahrlässigkeitsdelikte (Ausnahme Art. 165, 187). **Die Grenze des Vorsatzes zeichnet daher oft auch die Grenze der Strafbarkeit**. Die Frage von Vorsatz oder Fahrlässigkeit entscheidet also oft über die Strafbarkeit einer Handlung überhaupt. Wo sie überhaupt unter Strafe stehen, werden fahrlässig begangene Delikte milder bestraft als vorsätzlich begangene. Ausnahme bildet das Nebenstrafrecht (z.B. das SVG).

Die heutige Lehre unterstellt dem **vorsätzliche handelnden Täter, dass er sich für die Rechtsgutverletzung** (auch: für die Abweichung von der Verhaltensnorm) **entscheide**. Der fahrlässig Handelnde tue dies nicht. Verglichen mit Fahrlässigkeit bedeutet vorsätzliches Handeln eine qualitativ gesteigerte Missachtung der rechtlichen Verhaltensnorm.

b) Schwierigkeiten der Feststellung

Aufgrund der weit reichenden rechtlichen Unterschiede zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit muss klar definiert sein, was unter dem gesetzlich geforderten „Wissen“ und „Willen“ zu verstehen ist. In der Abgrenzung zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit ergeben sich oft erhebliche Beweisprobleme, da es sich um die innere Seite, die subjektive Seite der Tatbestandsmässigkeit handelt. Wer wirklich sagen kann, was er gewollt hat, ist der Beschuldigte. Verweigert dieser die Kooperation oder leugnet, muss zu Hilfenahme von Erfahrungsregeln aus dem äusseren Geschehen auf die subjektive Seite geschlossen werden. Diese Schwierigkeiten sind nicht aus der Welt zu schaffen, wenn man nicht auf die wichtige Unterscheidung zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit verzichten will.

2. Die Wissensseite des Vorsatzes

Wissen im Sinne des Vorsatzes meint bewusst sein. In der Intensität des Bewusstseins liegen denn auch Nuancen des Vorsatzes. Dieses Bewusstsein lässt sich in drei Teilaspekte aufteilen:

a) Das Wissen um die Tatumstände

aa) Bedeutungskennntnis

Es ist nicht haltbar, zu fordern, dass der Täter sich der exakten juristischen Bedeutung seines Verhaltens bewusst sein müsste. Das StrafR umschreibt im Kernbereich jene Norm, die im sozialen Leben schon vorzufinden ist. Vom vorsätzlich handelnden Täter ist deshalb zumindest und nur die Kenntnis zu fordern, welche besondere Bedeutung und Funktion die im Tatbestand genannten Merkmale im sozialen Leben besitzen. Dem Vorsatzerfordernis des Wissens ist ge-

nüge getan, wenn der Täter den Tatbestand so verstanden hat, wie es der landläufigen Anschauung eines Laien entspricht (sog. **Parallelwertung in der Laiensphäre**). Beim Eigentumsdelikt genügt es zu wissen, dass die Sache einem anderen gehört. Stellt der Täter *zusätzlich zur Parallelwertung* irgendwelche juristische Überlegungen an, sind diese für den Vorsatz bedeutungslos. Sind diese zudem falsch, spricht man vom **Subsumtionsirrtum**. Dieser ist unbeachtlich und entlastet daher den Täter nicht, aber belastet ihn auch nicht⁴.

bb) Mitbewusstsein

Das zum Vorsatz gehörende Wissen muss dem Täter zum Tatzeitpunkt im Bewusstsein gegenwärtig sein. Es reicht nicht, dass das Wissen im Gedächtnis abrufbar gewesen wäre, dem Täter aber zum Tatzeitpunkt nicht vor Augen steht. (Sog. „dauerndes Begleitwissen“, Skript S. 47).

cc) Möglichkeitsurteile (Inkaufnahme)

„Vorsätzlich handelt bereits, wer die Verwirklichung einer Tat für möglich hält und in Kauf nimmt.“ (Art. 12, Abs. 2). Vorsatz ist also auch gegeben, wenn der Täter das Eintreten nur für möglich, nicht für sicher hält. Um die Tatbestandsverwirklichung weiss der Täter nur dann, wenn er sie mindestens für „ernsthaft möglich hält“. Massgebend ist also, was er im konkreten Fall für tatsächlich für möglich hält und nicht nur als abstrakte Gefahr hält. Ist das Wissen um die Tatumstände nicht gegeben, so kann auch Vorsatz nicht gegeben sein.

dd) Der Tatbestandsirrtum

Der in Art. 13 beschriebene Sachverhaltsirrtum ist eigentlich ein Tatbestandsirrtum. Die Begriffe sind synonym. Handelt der Täter in einer irrigen Vorstellung über den Sachverhalt, so wird er zu seinen Gunsten nach der Tat beurteilt, die er sich vorgestellt hat (Art. 13). Der Täter braucht keine Fehlvorstellung über den SV, die Unkenntnis allein bezüglich relevanter Umstände genügt. Ein Täter der nicht weiss, dass er an einer gefährlichen Krankheit leidet, kann nicht den Vorsatz haben, diese zu verbreiten. **Beim Tatbestandsirrtum entfällt der Vorsatz** (mit allen Folgen).

Bei **pflichtwidriger Unvorsichtigkeit** (Verletzung der Sorgfaltspflicht) wird der Täter wegen Fahrlässigkeit bestraft. Voraussetzung ist natürlich, dass die entsprechende Handlung bei Fahrlässigkeit mit Strafe bedroht ist.

b) Die Voraussicht des Geschehensablaufes (auch: Defizite, Irrtümer im Wissen)

Bei Erfolgsdelikten gehört zum Vorsatz auch die Voraussicht des Geschehensablaufes durch den Täter, also die Voraussicht des tatsächlichen Zusammenhanges zwischen Handlung und Erfolg. Damit können Irrtümer verbunden sein. Der wirkliche Geschehensablauf kann von dem abweichen, was der Täter sich vorgestellt hat und doch noch zum Erfolg führen. Dann liegt ein **Irrtum über den Kausalverlauf** vor. Rechtlich bedeutsam ist ein solcher Irrtum nur dann, wenn man den Kausalzusammenhang bereits beim obj. TB verneint hat.

Hinweis: Beim Erfolgsdelikt ist die Voraussicht des Geschehensablaufes das Gegenstück zur Zurechenbarkeit beim objektiven Tatbestand.

bb) Sonderfälle

⁴ Ein Subsumtionsirrtum kann einen Verbotsirrtum zur Folge haben, dieser gehört zur Schuld und ist relevant.

(1) Dolus generalis

Beim D.g. irrt der Täter darüber, welche von seinen Teilhandlungen zum Erfolg führt. Bsp. Dann wenn er sein vermeintlich lebloses Opfer ins Wasser wirft, um es zu verbergen. Tatsächlich lebt das Opfer aber noch und kommt erst durch Ertrinken ums Leben. Es handelt sich hierbei *um einen unerheblichen Irrtum über den Kausalverlauf*.

(2) Abirringung des Angriffes (aberratio ictus)

Die *aberratio ictus vel impetus* ist dadurch gekennzeichnet, dass der Täter nicht das von ihm angegriffene, sondern ein anderes Opfer trifft. Bsp. Beim Schusswechsel unter Gangstern wird ein unbeteiligter Passant getötet. Hier trifft nicht der vom Täter beabsichtigte Erfolg ein, sondern ein anderer, ggf. gleichartiger. Rechtsfolge: Die ursprüngliche **Tötungsabsicht ist ein Versuch**, der **Tod des Passanten ein Fahrlässigkeitsdelikt**.

(3) Objektsirrtum (error in persona vel objecto)

Dabei **irrt der Täter über die Identität des Opfers**, bzw. des Objektes. Als Bsp. dient hier der Auftragskiller der sich in seinem Opfer irrt. Es liegt eigentlich **kein Irrtum über den Geschehensablauf vor**: das Opfer, auf das der Täter schießt, stirbt. Nur hat er sich im Opfer getäuscht. Deshalb ist der error in persona auch **unerheblich**.

3. Die Willensseite des Vorsatzes

Für die Legaldefinition des Vorsatzes braucht es nebst dem Wissen (dem Bewusstsein) auch den Willen. Da bewusste Fahrlässigkeit und Eventualvorsatz die gleiche Wissensintensität aufweisen, kommt es für die Unterscheidung insbesondere auf den Willen an. Dieser erhält denn auch in der Beurteilung viel Gewicht.

a) Direkter Vorsatz (dolus directus)

Der Direkte Vorsatz umfasst mehrere Intentionen, gemeinsam ist ihnen, dass der Wille gegeben ist.

aa) Direkter Vorsatz 1. Grades - Handlungsziel

Davon wird gesprochen, wenn der **eingetretene Erfolg das eigentliche Handlungsziel** war. Die Wahrscheinlichkeit des Erfolgseintrittes spielt übrigens keine Rolle: Auch wenn ich die Chance, dass ein anderer auf mein betrügerisches Angebot einsteigt, für gering halte, so handle ich trotzdem vorsätzlich.

bb) Direkter Vorsatz 1. Grades - Notwendige Vorbedingungen

Ebenfalls zum DV. 1. Grades gehört jene Kategorie, wo der Erfolg eine für den Täter notwendige **Vorbedingung** oder Durchgangsstufe zur Erreichung des eigentlichen Handlungsziel ist.

cc) Direkter Vorsatz 2. Grades - Notwendige Nebenfolge

Notwendige **Nebenfolgen** sind solche, die der Täter zur Erreichung seines Handlungszieles als unvermeidlich ansieht. Bsp. Bewachungspersonal in einer Politikerlimousine, auf das ein Attentat verübt wird. Dass der Täter die Nebenfolge ggf. gar nicht wünscht, dass sie ihm zuwider sind, ändert hier nichts am Vorsatz.

b) **Eventualvorsatz (Bedinger Vorsatz - dolus eventualis)**

Der Eventualvorsatz, die Inkaufnahme, ist eine reguläre Form des Vorsatzes.

aa) **Kriterien der Abgrenzung**

Für den Eventualvorsatz genügt es, dass sich der Täter **mit dem Erfolg für den Fall des Eintrittes abfindet oder ihn in Kauf nimmt**, namentlich auch dann, wenn ihm dieser Erfolg unangenehm sein sollte.

Fahrlässigkeit und Eventualvorsatz weisen beim Täter **die gleiche Wissensintensität** auf: in beiden Fällen weiss er um die Möglichkeit des Erfolgseintrittes. Der Unterschied liegt auf der Willensseite: Der fahrlässig handelnde verlässt sich leichtfertig darauf, dass schon nichts passieren werde. Der eventualvorsätzlich handelnde hingegen rechnet mit dem Erfolgseintritt. Ggf. trifft er bereits Vorkehrungen um der Strafverfolgung zu entgehen. Die Abgrenzung kann aber fallweise schwierig sein. Fälle von *völliger Gleichgültigkeit* gegenüber dem Rechtsgut gelten als vorsätzlich.

bb) **Mögliche Konstellationen**

Eventualvorsatz liegt u. a. dort vor, wo der Täter neben dem eigentlichen ein zweites Handlungsziel verfolgt: Er schießt auf das Opfer um es zu töten, ist aber ggf. auch mit der blossen Verletzung einverstanden. Oder: Der flüchtige Täter schießt auf seine Verfolger, wobei ihm gleichgültig ist, wen er trifft und ob er tötet oder verletzt. Bedingter Vorsatz kann auch gegeben sein, wenn der Weg zum Handlungsziel über eine mögliche Straftat führt. Bsp: Wer einem säumigen Schuldner (Handlungsziel: Geld einfordern) Gewalt androht, handelt mit dem Eventualvorsatz der Nötigung.

cc) **Bedingter Handlungswille**

Macht der Täter seinen Handlungswillen noch von künftigen Bedingungen abhängig, liegt **kein** Eventualvorsatz vor.

c) **Andere Begriffe**

Wo das StGB Vorsatz fordert, sind immer Eventualvorsatz oder direkter Vorsatz gemeint. Die Formulierung „wider besseren Wissens“ (Art. 174, 303, 304) meint ebenfalls Vorsatz. Der Begriff „wissentlich“ verwendet das StGB bei Gefährungsdelikten (Art. 221 u.a.) und meint ebenfalls Vorsatz.

Da man nicht wollen kann, was schon geschehen ist, ist die *nachträgliche Billigung* eines Erfolges niemals Vorsatz.

d) **Exkurs: objektive Strafbarkeitsbedingungen gehören nicht zum Vorsatz**

Bsp.: „Wer sich an einem Raufhandel beteiligt, der den Tod (...) eines Menschen zur Folge hat (...).“

Objektive Strafbarkeitsbedingungen stehen **ausserhalb des Tatbestandes**. Beim Raufhandel bedeutet dies, dass der Täter den Tod nicht beabsichtigt haben muss. Sinn dieser Norm ist es, die Strafbarkeit einzuschränken: Raufereien ohne schlimmen Ausgang sind nicht strafwürdig. Nebst dem Raufhandel weisen v.a. Konkurs- und Betreibungsdelikte dieses Merkmal auf. Vor der Überprüfung des objektiven Tatbestandes ist deshalb sinnvollerweise zuerst das Vorliegen von objektiven Strafbarkeitsbedingungen zu prüfen. Liegen diese nicht vor, liegt kein Delikt vor (vgl. auch II D).

III. Besondere subjektive Tatbestandsmerkmale (N 115-127) (nicht prüfungsrelevanter Text)

§ 10 Die Rechtswidrigkeit

Tatbestandsmässiges Verhalten ist in der Regel auch rechtswidrig. Vereinzelt sind Strafnormen aber so formuliert, dass sie sowohl strafrechtlich relevantes als auch normales Verhalten umfassen. Im Übrigen geht es auf der Wertungsstufe der RW nur noch um die Voraussetzungen, unter denen das Unrecht – ausnahmsweise – aufgehoben wird. Bei Officialdelikten ist keine rechtfertigende Einwilligung möglich.

A Einzelne Rechtfertigungsgründe

Die Rechtfertigungsgründe haben **keine durchgehende Systematik**, d.h. kein gemeinsamer Grundgedanke über alle RF-Gründe hinweg. Vereinfacht gesagt sind es i.e.L. Fälle, wo das Interesse am Schutz eines Rechtsgutes entfallen kann oder dass es durch höherrangige Interessen aufgewogen werden kann. Nachfolgend wird eine Auswahl an Rechtfertigungsgründen vorgestellt.

I. Die Einwilligung des Verletzten (N 3 -24)

Diese **kommt aus dem Wortlaut des Gesetzes nicht** hervor, wird aber in der Rechtsprechung seit langem fast als **Gewohnheitsrecht** angewendet.

1. Der Grundgedanke

Die Rechtsordnung anerkennt die Verfügungsgewalt des Einzelnen über seine rechtlich geschützten Güter in gewissem Umfang. Dieser **kann in einigen Fällen auf den Rechtsschutz verzichten**. Bei Officialdelikten ist jedoch kein freiwilliger Verzicht auf den Rechtsschutz möglich. Die Einwilligung des Verletzten hebt die Rechtsgutverletzung auf. Der Rechtsgüterschutz gibt dem Einzelnen eine Freiheit. Freiheit vor körperlicher Beeinträchtigung, vor materieller Not usw. Auf diese Freiheiten kann er auch verzichten.

2. Einzelerfordernisse

a) Tatbestandsausschluss (tatbestandsausschliessende Einwilligung)

Vorgängig auszuschliessen sind jene Fälle, in denen bei Einwilligung des Betroffenen schon die Tatbestandsmässigkeit entfällt. Zahlreiche Delikte sind nur bei mangelnder Einwilligung denkbar: Bsp.: Hausfriedensbruch, sexuelle Nötigung oder Diebstahl. Hier genügt bereits das faktische Einverständnis des Betroffenen. Allerdings führt nur die durch Gewalt, List oder Drohung **unbeeinflusste Einwilligung** eines *Urteilsfähigen* zum Wegfall des Tatbestandes.

b) Rechtfertigung (rechtfertigende Einwilligung)

Hier erfolgt der Unrechtsausschluss durch die Einwilligung (erst) auf Stufe der Rechtswidrigkeit.

aa) Geltungsbereich

Die Einwilligung des Verletzten kann nur innerhalb bestimmter Grenzen erfolgen. Diese gilt es nachfolgend zu bestimmen:

Die Einwilligung gilt nur als Rechtfertigung, wenn mit dem verletzten Rechtsgut **ausschliesslich Individualinteressen** geschützt werden. In Betracht kommen also für die Einwilligung nur Strafta-

ten gegen die Person und gegen deren Vermögen. Achtung: auch für diese Individualinteressen ist ein öffentliches Interesse gegeben, ansonsten wären diese nicht strafbar. Auch wenn ein RG ausschliesslich Individualinteressen schützt, ist die Verfügungsgewalt des Trägers nicht uneingeschränkt. Die Tötung mit Einwilligung oder sogar auf Verlangen des Opfers bleibt strafbar. Auch die Persönlichkeitsrechte bleiben für Dritte unantastbar, selbst wenn der Träger sich ihrer entäussern möchte (Art. 27 ZGB).

Die Einwilligung in eine einfache Körperverletzung (Art. 123) wird als Rechtfertigungsgrund anerkannt, und zwar unabhängig der Gründe für die Einwilligung (z.B. Kampfsport). Die Einwilligung in eine schwere Körperverletzung (Art. 122) ist nur eingeschränkt möglich, bzw. beschränkt als Rechtfertigungsgrund anerkannt. Hier kommt dem Zweck der Einwilligung eine gewisse Bedeutung zu. Rechtfertigend sind die Einwilligung in **schwere medizinische Eingriffe** wie Transplantation⁵, wenn der Spender damit z.B. einem ihm nahe stehenden helfen möchte. Anders sieht es aus, wenn die Transplantation gegen Entschädigung erfolgen soll. Auch die Einwilligung in die Sterilisation ist zulässig. Eine zu deliktischen Zwecken (z.B. Versicherungsbetrug) erteilte Einwilligung in eine Verstümmelung kann hingegen nicht rechtfertigend sein.

Eingriffe in andere Individualrechtsgüter Leben, wie z.B. die Ehre, das Vermögen usw. sind weniger schwer und i.d.R. reversibel, weshalb hier eine Einwilligung grundsätzlich möglich ist. Die **Einwilligung muss jederzeit widerrufbar** sein (Der Widerruf kann aber vermögensrechtliche Folgen, Schadenersatzforderungen, nach sich ziehen (Spital)).

bb) Eigenverantwortliche Entscheidung

Die **Einwilligung des Verletzten muss ein Akt wirklicher Selbstbestimmung** sein. Der Betroffene muss in dem Sinne urteilsfähig sein, dass er die Tragweite und Bedeutung des Eingriffes beurteilen kann. Fehlt es daran, kann der gesetzliche Vertreter im Rahmen seiner Obhutspflicht die Einwilligung erteilen. Täuschung, Irrtum, Drohung oder Zwang machen die erteilte Einwilligung unwirksam.

Die Einwilligung muss zudem im Zeitpunkt der Tat vorliegen. **Eine nachträgliche Zustimmung ist belanglos und kein Rechtfertigungsgrund**. Bei Dauerdelikten wie Freiheitsberaubung muss das Einverständnis bis zur Beendigung vorliegen. Die Duldung, die passive Hinnahme einer tatbestandsmässigen Handlung oder ein Mangel an Gegenwehr sind niemals eine rechtfertigende Einwilligung.

cc) Wissen des Täters (subjektives Element der Rechtfertigung)

Die Einwilligung des Verletzten gilt nur dann als Rechtfertigung, wenn der Täter von ihr Kenntnis hatte. Liegt die Einwilligung zwar objektiv vor, ist dem Täter aber nicht bekannt und er handelt trotzdem tatbestandsmässig, scheidet die Rechtfertigung aus und es handelt sich um ein versuchtes Delikt.

II. Die mutmassliche Einwilligung (N 25-31)

Praktisch sind Fälle denkbar, in denen der Verletzte einem Eingriff in Rechtsgüter nicht zugestimmt hat und im entscheidenden Augenblick auch nicht zustimmen kann, aber vermutlich zugestimmt hätte, wenn ihm dies möglich gewesen wäre. Bsp. sind bewusste Opfer im Verkehrsunfall, die die Einwilligung zu weitreichenden chirurgischen Eingriffen nicht geben können. Innerhalb gewisser Grenzen liegt hier durch „mutmassliche Einwilligung des Verletzten“ eine Rechtfertigung vor.

1. Der Grundgedanke

⁵ Sofern hier nicht bereits die Tatbestandsmässigkeit ausscheidet.

Das zivilrechtliche Pendant ist die „Geschäftsführung ohne Auftrag“ (OR 419, 422). Danach handelt rechtmässig, wer zum Vorteil und nach der mutmasslichen Absicht eines anderen in dessen Rechtskreis eingreift. Der Eingriff muss also materiell im Interesse des Betroffenen liegen.

2. Einzelerfordernisse

Die mutmassliche E. tritt an Stelle der wirklichen Einwilligung (s.o.). Sie kann also keinesfalls weitergehen. Wiederum kommen also nur Individualinteressen des Verletzten in Betracht. Wichtig ist die **Sozialadäquanz**. **Für wichtige Rechtsgüter kann keine mutmassliche Einwilligung** als Rechtfertigungsgrund vorliegen: eine Organentnahme lässt sich nicht mit einer mutmasslichen Einwilligung rechtfertigen. Erforderlich ist auch, dass ein Zwang zu einer Entscheidung besteht und der Betroffene die Einwilligung nicht innert nützlicher Frist geben kann. Bei einem Kind muss natürlich der gesetzliche Vertreter angerufen werden. Schliesslich muss die Handlung **im Sinne des Betroffenen** sein. Allerdings könnte sich nachträglich herausstellen, dass die vom Täter gewissenhaft getroffene Entscheidung nicht dem wahren Willen des Verletzten entsprach. Der Eingriff ist dann trotzdem rechtmässig, weil die Handlung mit dem mutmasslichen Willen übereinstimmte (und nicht mit dem tatsächlichen). Allerdings: ist der Wille des Betroffenen bekannt – und mag er noch so unvernünftig sein – kann niemals eine gegenteilige mutmassliche Einwilligung als Rechtfertigung gelten.

III. Der sog. Zivilrechtliche Notstand (N 32-35)

IV. Der rechtfertigende Notstand (N 36-51)

Nach Art. 17 handelt rechtmässig, „wer eine mit Strafe bedrohte Tat begeht, um ein eigenes oder das Rechtsgut einer anderen Person („Notstandshilfe“) aus einer unmittelbaren, nicht anders abwendbaren Gefahr zu retten“, „wenn er dadurch höherwertige Interessen wahr“.

1. Systematische Bedeutung

Der Notstand hat eine Doppelnatur. Das Gesetz unterscheidet zwischen „rechtfertigendem“ (Art. 17, Unrechtsausschluss auf Stufe Rechtswidrigkeit) und „entschuldbarem“ (Art. 18, Unrecht gegeben, aber keine oder mildere Schuld) Notstand.

2. Einzelerfordernisse

a) Güterkollision

Die durch Notstand zu rechtfertigende Handlung verletzt oder gefährdet im Regelfalle selber ein bestimmtes Rechtsgut eines Dritten. In der Notstandssituation sind also zwei Rechtsgüter so verknüpft, dass das eine nur auf Kosten des anderen gerettet werden kann (=Güterkollision). Das Gesetz meint **nur Individualrechtsgüter** und keine Allgemeinrechtsgüter. Grundsätzlich sind alle Rechtsgüter des Einzelnen notstandsfähig, auch solche, die nur schutzwürdig erscheinen, aber keinen strafrechtlichen Schutz geniessen.

Es spielt keine Rolle, wodurch die Gefahr begründet wird. Es können Naturereignisse sein, Angriffe eines Tieres oder auch menschliches Verhalten wie Drohung. Es ist nicht Voraussetzung, dass diese Gefahren rechtswidrig sind. *Keinen* Notstand bilden staatliche Eingriffe in die Rechte des Einzelnen. Es muss sich um eine *unmittelbare Gefahr* handeln. Die Rettungshandlung ist also erst im letzten Zeitpunkt zulässig. Beim häufigen Notstand beim straflosen Schwangerschaftsabbruch (Art. 119) verzichtet das Gesetz hingegen auf die Unmittelbarkeit der Gefahr.

Eine Güterkollision liegt ferner erst vor, wenn die Gefahr nicht anders abwendbar ist, als durch tatbestandsmässiges Verhalten. Dies muss objektiv und nicht nur in den Augen des Täters so sein. Der Notstandseingriff ist somit **strikt subsidiär**, also das letzte Mittel. Dies kann bedeuten, dass auch eine **Flucht** anstelle der Notstandshandlung angezeigt sein kann. Hier liegt der grosse Unterschied zur Notwehr.

b) Güterabwägung

Der Notstandseingriff wird zulässig, wenn der Täter **„dadurch höherwertige Interessen wahr“**. Es kommt zum einen auf den Rang der Rechtsgüter an (Leben vor materiellen Werten). Unerheblich ist die Zahl von Menschenleben: das heisst, auch zur Rettung von mehreren Menschenleben darf kein drittes notstandsmässig geopfert werden.

c) Weitere Interessen?

Mit der Wahrung der höherwertigen Interessen ist das Verhältnis der Rechtsgüter untereinander angesprochen. Fremde Individualrechtsgüter dürfen nur geopfert werden, wenn ein bedeutend höheres Gut geschützt, bzw. eine Verletzung desselben abgewendet werden kann. Indessen lässt sich ein schwerer Eingriff in die höchstpersönlichen Rechte unter Notstandsgesichtspunkten niemals rechtfertigen.

d) Notstandshilfe und Spezialfall der Individuellen Interessenkollision

Jedermann kann die Rettungshandlung vornehmen, nicht nur der Betroffene. SONDERFALL: Die **individuelle Interessenkollision**, jener Fall, wo nur Rechtsgüter (eines oder mehrere) ein und derselben Person auf dem Spiel stehen. Bsp. Eingriff in die Freiheit einer Person, um sie am Suizid zu hindern. Oder: ein Feuerwehrmann wirft ein Kind aus dem Fenster eines brennenden Hauses in die Arme seiner Kollegen. Geht es, wie bei diesem Bsp. nur um *ein* Rechtsgut (körperliche Unversehrtheit), so tritt eine **Gefahrenabwägung anstelle der Güterabwägung**. Die Rettungshandlung ist dann rechtmässig, wenn die mit ihr verbundene Gefahr geringer ist, als die abgewendete - und dies auch, wenn die Rettungshandlung misslingt.

e) Rettungswillen

Auch zur Rechtfertigung durch Notstand gehören subjektive Elemente. Der Täter muss die Notstandslage erkennen und handeln „um... zu retten“.

V. Notstandsähnliche Fälle (N 52-64)

1. Ungeregelte Güter- und Interessenkollisionen

2. „Übergesetzliche“ Rechtfertigungsgründe

a) Übergesetzlicher Notstand

b) Wahrnehmung berechtigter Interessen

3. Die Pflichtenkollision

VI. Die Notwehr (N 65-87)

Die rechtfertigende (also unrechtsausschliessende) Notwehr entstammt Art. 15. Die Notwehr unterscheidet sich vom Notstand u.a. dadurch, dass die Notwehr einen rechtswidrigen („ohne

Recht“) Angriff auf einem Menschen abwehrt, während der Notstandseingriff Rechtsgüter eines anderen tangiert. Deshalb ist bei der Notwehr auch mehr erlaubt, bzw. rechtfertigend. Die Notwehr ist insofern ein Sonderfall des rechtfertigenden Notstandes.

1. Der Grundgedanke

Der Grundgedanke der Notwehr liegt zum einen bei der **Selbsthilfe**, bei der Verteidigung des Rechtes gegen das Unrecht. Zum anderen aber auch bei der Funktion als **gesellschaftlicher Stabilisationsprozess**, der ohne staatliche Gewalt auskommt (Rechtbewährung).

Die Notwehr ist die Verteidigung des Rechts gegen das Unrecht. Recht braucht dem Unrecht nicht zu weichen. Es kann zulässig sein, dem Angreifer eine Verletzung zuzufügen, die schwerer wiegt, als die die von ihm drohte. Trotzdem hat die Notwehr auch Grenzen.

2. Einzelerfordernisse

a) Die Notwehrlage (=objektive Seite der Rechtfertigung)

Begründet wird die Notwehrlage durch einen laufenden oder **unmittelbar drohenden rechtswidrigen Angriff**. Der Angriff braucht nicht körperlicher Natur zu sein; auch eine Ehrverletzung ist ein Angriff. Notwehrfähig sind alle individuellen Rechtsgüter des Einzelnen, auch solche, die keinen strafrechtlichen Schutz geniessen (z.B. Recht auf Familie, auf Privatsphäre). Notwehr ist erst dann zulässig, wenn der Angriff unmittelbar droht und nur so lange, wie er andauert. **Nach dem Angriff besteht keine Rechtfertigung für Notwehr mehr**⁶. Gemäss BGer müssen **Anzeichen einer Gefahr** vorhanden sein, die eine Verteidigung nahe legen. Der Angriff kann auch eine Unterlassung sein.

Der vom Gesetz verlangte, *ohne Recht* erfolgte Angriff kann nur durch einen Menschen erfolgen. Tiere können nicht ohne Recht handeln, können aber von Menschen als Werkzeug – dann rechtswidrig – eingesetzt werden. Es gibt kein Notwehrrecht nach dem Angriff. Wo Behörden zum Handeln ermächtigt sind, besteht natürlich für eine Rechtfertigung, auch für Notwehr, keine Grundlage. Auch die Verletzung vertraglicher Pflichten zwischen Parteien kann keine Notwehr begründen. Der mit Notwehr abzuwehrende Angriff kann auch eine Unterlassung sein: Der bei einem Unglücksfall untätig bleibende Bademeister darf mit vorgehaltener Waffe zur Hilfeleistung gezwungen werden.

b) Die angemessene Abwehr (=objektive Seite der Rechtfertigung)

Die Abwehr muss den Umständen angemessen sein. Hierin liegt eine Hauptschwierigkeit der Notwehr. Als *Abwehr* gelten ausschliesslich Handlungen, die sich gegen den Angreifer richten. Nur dessen Rechtsgüter haben mit dem Angriff den rechtlichen Schutz verwirkt. Das Gesetz verlangt lediglich, dass die Abwehr angemessen sein muss, nicht aber zwingend die gewählten Abwehrmittel als solche. Die schliesst in der Folge nicht aus, mit einem gefährlichen Gegenstand (z.B. Hammer) leicht auf den Kopf des Angreifers zu schlagen. **Der Angegriffene muss dem Angriff nicht ausweichen oder flüchten**, die Abwehr ist gegen solche Reaktionen, die gar keine Verteidigung darstellen nicht subsidiär. Es ist das leichteste, **das mildeste Abwehrmittel zu wählen**. Schliesslich ist auch Verhältnismässigkeit der Abwehr zum Angriff gefordert. Unzulässig und nicht rechtfertigend wäre ein **offensichtliches Missverhältnis** zwischen Angriff und Notwehrhandlung. Die Entwicklung tendiert dahin, das Notwehrrecht einzuschränken. So ist bei Angriffen gegen das Vermögen eine mit Körperverletzung oder Lebensgefahr verbundene Notwehr unzulässig⁷.

c) Sonderfälle

⁶ Vgl. Hierzu Fall Luzern, EFH-Besitzer schießt auf flüchtende Einbrecher, OGer LU

⁷ Vgl. Art 2 EMRK: Die Tötung eines Menschen ist nur zur Abwehr von Gewalt gegen die Person zulässig
G. Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I
zusammengefasst von Franz A. Wolf

- **Angriffe von schuldunfähigen Personen** (Kinder, Geistesgestörte): Für Notwehr ist nur ein rechtswidriger Angriff vorausgesetzt, dieser kann auch eine schuldunfähige Person begehen. Deshalb ist im Grundsatz Notwehr erlaubt. An die Subsidiarität sind aber erhöhte Anforderungen gestellt. U.u. ist dem Angriff auszuweichen oder Hilfe zu holen.
- **Provozierte Notwehrlage:** Wird der Angriff absichtlich herbeigeführt, um den Angreifer unter dem Deckmantel der Notwehr zu schädigen, bleibt die Tat voll strafbar. Auch wenn zwei sich in gegenseitigem Einverständnis raufen, ist Notwehr ausgeschlossen.
- **Besondere Beziehung zum Angreifer:** z.B. bei Auseinandersetzungen unter Ehegatten sind an die Wahl der Abwehrmittel und an die Subsidiarität aufgrund der gegenseitigen Beistandspflicht erhöhte Anforderungen zu stellen. Trotzdem bleibt die Notwehr zulässig.

d) **Abwehrwille (=subjektive Seite der Rechtfertigung)**

Die Rechtfertigung durch Notwehr setzt voraus, dass der Täter sich der Notwehrlage bewusst gewesen ist und der mit dem Willen zur Verteidigung gehandelt hat. Es handelt sich hier um ein *subjektives Element* der Notwehr.

3. **Notwehrhilfe**

Auch ein Dritter kann dem Bedrohten im Rahmen der Notwehrhilfe zur Hilfe eilen. Verzichtet dieser aber auf Gegenwehr, darf ihm nicht gegen seinen Willen geholfen werden.

4. **Notwehrexzess**

Beim Notwehrexzess (Art. 16) ist regelmässig eine Voraussetzung für die Notwehr nicht erfüllt. Die Notwehrhandlung ist dann nicht rechtfertigend, d.h. die Abwehrtat ist rechtswidrig. Weil sich aber der Täter in einer Extremsituation befindet und ggf. „in entschuldbarer Aufregung oder Bestürzung“ über den Angriff handelt, so wird seine Schuld ausgeschlossen (Abs. 2). Nicht rechtfertigend sind jedoch Zorn über den Angriff oder gar Rachegefühle. Wichtig: **die entschuldigende Notwehr ist rechtswidrig**, d.h. der Täter kann trotz fehlender Schuld zu einer Massnahme verurteilt werden. Der Täter begeht also mit der (entschuldigenden) Notwehr Unrecht, das wiederum vom Angreifer mit Notwehr beantwortet werden kann.

Wenn der Angegriffene die zulässigen Grenzen der Notwehr überschreitet, so mildert das Gericht die Strafe (Abs. 1).

Die von Abs. 2 vorgesehene **Schuldbefreiung** bezieht sich nur auf einen **intensiven Exzess**. Bei einem solchen hat der Täter die Angemessenheit oder Verhältnismässigkeit der Abwehr missachtet. Beim **extensiven Exzess** wird der Zeitrahmen für die Abwehr nicht eingehalten. Der Täter handelt (wehrt ab) zu früh oder die Abwehr überdauert den Angriff. Das Gericht **mildert** dann die Strafe im Sinne von Abs. 1, allerdings besteht hierzu keine BGer-Praxis. Bei beiden ist ein strenger Massstab gefordert.

VII. **Weitere Rechtfertigungsgründe (N 88-100)**

1. **Gesetzlich erlaubte Handlung**

a) **Gesetzmassiges Handeln**

Was durch irgendeine Norm der Rechtsordnung für zulässig erklärt wird, kann strafrechtlich nicht verboten sein (Art. 14). Die Rechtsordnung darf in sich nicht widersprüchlich sein. Von Bedeutung sind zum einen alle **hoheitlichen Eingriffe in die Rechte des Einzelnen**. Sind diese schwerwiegend, müssen sie sowieso durch ein formelles Gesetz gedeckt sein. Auch hier muss

aber der Grundsatz der Angemessenheit und Verhältnismässigkeit gelten (Waffeneinsatz der Polizei).

Obwohl das **Monopol auf Anwendung von Gewalt** zur Durchsetzung des Rechts grundsätzlich nur dem Staat zufällt, darf ausnahmsweise auch eine **Privatperson** Zwangsmassnahmen ergreifen. Genannt sei etwa das Recht zur vorläufigen Festnahme bei „Flagrant“, also dort wo der Täter überrascht wurde und vom Bürger bis zur Uebergabe an die Polizei festgehalten wird. Es geht hier um die Sicherung der Strafverfolgung. Weitreichende Eingriffe in Rechtsgüter sind damit aber nicht gedeckt. Insbesondere eine Verletzung an Leib und Leben ist unzulässig.

Gleiches gilt für die **Selbsthilfe nach OR 52 Abs. 3**. Zulässig ist hier die Wegnahme (fremder Tiere Art 57 OR), Zerstörung oder Beschädigung einer Sache zur Sicherung eines berechtigten Anspruches.

Weiter stellt sich auch die Frage, inwieweit im Zusammenhang mit dem Sorgerecht der Eltern sich ein **Züchtigungsrecht** an den Kindern als Rechtfertigungsgrund ergibt. *Massvoll* angewendet ist sie ein gerechtfertigter Eingriff in die körperliche Integrität des Kindes. Bereits eine tatbestandsmässige Tötlichkeit ist aber nicht mehr gerechtfertigt, falls sie wiederholt geschieht (Art. 126). Das Züchtigungsrecht durch Lehrer unterliegt kantonalen Bestimmungen, eine gewohnheitsrechtliche Begründung wird nicht mehr anerkannt. Dritten steht generell kein Züchtigungsrecht zu.

b) **Amts- oder Berufspflicht**

Amtliches Verhalten, das einen Tatbestand erfüllt, ist nur rechtfertigend, wenn das öffentliche Recht dies vorsieht. Gemeint ist auch hier ein formelles Gesetz als Grundlage; Dienstanweisungen oder Reglemente zur Rechtfertigung tatbestandsmässiger Eingriffe heranzuziehen ist rechtsstaatlich bedenklich.

Die **Berufspflicht kann keine verbotenen Handlungen rechtfertigen**. Es gibt also keine Sonderrechte für Ärzte, weshalb sich diese für die Eingriffe eine Einwilligung holen müssen.

2. **Behördliche Bewilligung**

Was passiert, wenn eine behördliche Bewilligung nicht hätte erteilt werden dürfen, also nicht dem Gesetz entspricht? Macht sich strafbar, wer sich eines ihm zu Unrecht erteilten Führerausweises bedient? Eine *nichtige Bewilligung* ist auch strafrechtlich *unbeachtlich*.

B **Die subjektiven Elemente der Rechtfertigung (N 101-110)**

I. **Grundsätzliche Anforderungen**

Die volle Rechtfertigung eines tatbestandsmässigen Verhaltens erfordert immer auch das Vorliegen der subjektiven Elemente, also Wissen und Willen um die Rechtfertigungsgründe. Fehlen diese, bzw. liegen nur die objektiven Elemente der Rechtfertigung vor (z.B. Notwehrlage, angemessene Abwehr bei Notwehr), liegt ein **versuchtes Delikt** vor. Die objektive Seite eines tatbestandsmässigen Erfolges begründet den **Erfolgsunwert**, die subjektive Seite der Tatbestandsmässigkeit den **Handlungsunwert**. Parallel dazu liegt die Rechtswidrigkeit: ist die objektive Seite gegeben, wird der Erfolgsunwert aufgehoben. Der Handlungsunwert entfällt erst, wenn sich der Täter auch subjektiv rechtfertigend verhält, d.h. die rechtfertigende Situation **kennt**. Das Gesetz drückt dies in der Formulierung („um...zu“) in Art. 17 aus. Der Täter muss den rechtfertigenden Sachverhalt kennen, und er muss das Interesse wahren wollen, das den Eingriff rechtfertigt. Er muss, um rechtfertigend zu handeln, **jedoch nicht die Schlussfolgerung ziehen, dass sein Verhalten demnach kein Unrecht sei**.

II. Rechtsfolgen

Wenn der Täter die rechtfertigende Sachlage nicht kennt, so fehlen die subjektiven Elemente der Rechtfertigung und sein Verhalten ist nicht rechtfertigend, also nicht rechtmässig. In diesem Fall liegt ein Versuch vor, immer vorausgesetzt, dass zumindest die objektiven Elemente der Rechtfertigung gegeben sind. Ausnahmsweise kann trotzdem ein vollendetes Delikt vorliegen, nämlich dann, wenn der Täter aus einem anderen Zweck handelt: Wer aus reinem Sadismus sein Kind züchtigt, erfüllt keine *rechtfertigende* erzieherische Aufgabe.

C Die irrige Annahme der rechtfertigenden Sachlage (N 111-113)

Auch: Die irrtümliche Annahme eines Rechtfertigungsgrundes / Putativrechtfertigung

Die umgekehrte Situation ist ebenfalls möglich, nämlich, dass nur die subjektiven Elemente der Rechtfertigung vorliegen, nicht aber die objektiven. Man spricht von Putativrechtfertigung: in Wahrheit fehlt die rechtfertigende Sachlage, doch nimmt der Täter subjektiv an, sie sei gegeben. Eine Putativrechtfertigung liegt also vor, wenn der Täter sich einen Sachverhalt vorgestellt hat, der, wenn er wirklich vorgelegen hätte, sein Verhalten vollumfänglich als Rechtfertigung gelten liesse. Als Bsp:

- **Putativeinwilligung:** Der T. glaubt irrtümlich, der Verletzte habe dem tatbestandsmässigen Eingriff zugestimmt.
- **Putativnotwehr:** Der T. greift in Notwehrrsicht die ihn festnehmen wollenden Zivilpolizisten an, da er glaubt, überfallen zu werden.
- **Putativnotstand:** Der T. missachtet Verkehrsregeln bei nur vermeintlicher Lebensgefahr für einen ins Spital zu bringenden Patienten.

Der Täter handelt hier „in einer irrigen Vorstellung über den Sachverhalt“ im Sinne von Art. 13 (Tatbestands-, Sachverhaltsirrtum). Der im Vorsatz liegende Handlungsunwert wird aufgehoben, wenn der Täter von einer rechtfertigenden Sachlage ausging. **Eine Bestrafung wegen vorsätzlicher Deliktsbegehung ist ausgeschlossen.** **Der Täter haftet wegen Fahrlässigkeit,** wenn sein Irrtum auf Fahrlässigkeit beruht, d.h. er ohne weiteres hätte erkennen können, dass ihm gar kein Angriff drohte, *und* wenn eine für die fragliche Handlung entsprechende Strafandrohung besteht (Art. 13 Abs. 2).

Keine Putativrechtfertigung liegt vor, wenn der Täter durch einen Rechtfertigungsgrund gedeckt zu sein glaubt, den das Gesetz gar nicht kennt, beispielsweise wenn er annimmt, man dürfe einen unheilbar erkrankten auf sein Verlangen töten oder auf einen flüchtenden Gewaltverbrecher schießen, um ihn an der Flucht zu hindern. Es handelt sich hierbei um einen (indirekten) **Verbotsirrtum** (Art. 21)

Ebenfalls liegt ein Verbotsirrtum dort vor, wo der Täter einen gesetzlichen Rechtfertigungsgrund irrtümlich ausweitet, in dem er etwa annimmt, das elterliche Züchtigungsrecht erlaube es, das Kind zu misshandeln.

In jenem Fall, wo sich der Täter in einer echten Notwehrlage befindet, die Abwehr aber für in stärkerem Masse für zulässig hält als rechtlich erlaubt ist und dementsprechende exzessiv handelt. Der Notwehrexzess wird hier nach Art. 16 beurteilt, der Irrtum über die Rechtfertigung ist dann ein Verbotsirrtum gem. Art. 21 und wird danach beurteilt.

§ 11 Die Schuld

Tatbestandsmässiges und rechtswidriges Handeln allein reichen nicht aus für eine Bestrafung. Eine Strafe verbindet einen **persönlichen Vorwurf an den Täter**, nämlich dass er für sein Verhalten.

G. Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I zusammengefasst von Franz A. Wolf

ten verantwortlich gemacht wird. Er muss die Möglichkeit gehabt haben, das rechtlich Gebotene zu erkennen, und die Freiheit nach dieser Einsicht zu handeln. Das Schuldprinzip (*nulla poena sine culpa*) verlangt für die Strafbarkeit eines Täters zwingend das Vorliegen von Schuld. **Wer das begangene Unrecht nicht einsieht, ist nicht lenkbar; die Lenkungsfunktion des Strafrechtes würde bei diesem Täter ins Leere stossen.** Ohne Schuld können hingegen Massnahmen ausgesprochen werden. **Die Schuldfrage ist also die Frage nach der Vorwerfbarkeit eines begangenen Unrechtes.**

A Der strafrechtliche Begriff der Schuld (N 2 - 7)

Früher verstand man die Schuld ausschliesslich subjektiv. „Schuld besteht in der psychologischen Beziehung des Täters zur Tat.“ (Beling). Damit kann aber vieles nicht geklärt werden:

- Wer zu einer Tat gezwungen wird, hat durchaus diese psychische Beziehung zur Tat. Trotzdem muss hier die Schuld entfallen.
- Umgekehrt kann mit dem psychologischen Begriff nicht geklärt werden, wie die bewusst fahrlässige Handlung schuldhaft sein soll, da hier eine psychische Beziehung zwischen Täter und Tat gerade fehlt.

Die Abgrenzung der Schuld von der Rechtswidrigkeit erfolgte erst Ende des 19. Jh. (JHERING). FRANK hat für die Schuld den Begriff „**Vorwerfbarkeit**“ eingeführt. Danach sprach man von einem **normativen** (und nicht mehr psychologischen) **Schuldbegriff**. Heute wird betont, dass es bei der Schuld um die Möglichkeit des Täters gehe, **die rechtliche Sollensforderung zu erkennen und sich nach ihr zu richten**. Nur wo diese Möglichkeit besteht, kann dem Täter aus seinem rechtswidrigen Verhalten ein persönlicher Vorwurf, eine Schuld erwachsen. Ausgeschlossen ist diese bei Defiziten, die in der Person des Täters liegen (mangelnde Schuldfähigkeit). Zum zweiten aber auch in der konkreten Situation, in der sich der Täter zum Tatzeitpunkt befindet. Es ist nämlich möglich, dass er in dem Moment nicht in der Lage ist, das Unrecht seines Handelns zu erkennen (unvermeidbarer Verbotsirrtum) oder nach seiner Einsicht zu handeln (Unzumutbarkeit).

B Die einzelnen Schuldverfordernisse

I Die Schuldfähigkeit (N 8-38)

Die erste Voraussetzung für Schuld ist die **Fähigkeit** des Täters, das Unrecht einzusehen (*Verbotkenntnis, Unrechtsbewusstsein, Wissen*) und sich nach dieser Einsicht zu richten, das heisst sich von der Tat abhalten lassen (*Bestimmungsfähigkeit, Willen*). Bisher hat das Recht von **Zurechnungsfähigkeit** gesprochen, neu von **Schuldfähigkeit**. Beim Erwachsenen stellt die Schuldfähigkeit den Regelfall dar. (Art. 19 Abs.1)

1. Schuldunfähigkeit infolge jugendlichen Alters

Dass beim noch nicht erwachsenen jungen Menschen die Schuldfähigkeit ausgeschlossen oder vermindert ist, gilt als unbestritten. Das neue StGB sieht folgendes vor:

Für Jugendliche unter 18 Jahren gilt das Jugendstrafrecht (JStG).

Kinder bis 10 Jahren: nur erzieherische und vormundschaftliche Massnahmen

Jugendliche von 10 bis 18 Jahren: dito, ab 15 Jahren für Vergehen oder Verbrechen auch Strafen (Freiheitsentzug möglich)

2. Schuldunfähigkeit infolge psychischer Anomalie

Auch die Schuldunfähigkeit infolge psychischer Störungen ist unumstritten. Das Recht unterscheidet zwischen völligem Ausschluss und blosser Verminderung der Schuldfähigkeit.

a) Völlige Schuldunfähigkeit (Art. 19 Abs. 1)

aa) Die Methode des geltenden Rechts

Mit dem neuen StGB kommt es nur noch auf den Ausschluss oder die Verminderung der Einsichts- oder Bestimmungsfähigkeit an.

bb) Mögliche Ausschlussgründe

Dies ist v.a. Sache der forensischen Psychiatrie. Im Vordergrund stehen sog. **Psychosen**, die allerdings uneinheitlich definiert sind. Darunter fallen u.a. Schizophrenie, sehr schwere Formen von Epilepsie, Delirien, durch Tumore oder Hirnverletzungen bedingte psychopathologische Zustände und schliesslich Intoxikationen aller Art. Umstrittener ist, ob auch die als Psychopathie bezeichneten **Persönlichkeitsstörungen** (Neurosen, sexuelle Verhaltensstörungen) für den Ausschluss oder die Minderung der Schuldfähigkeit in Frage kommen. Diese psychischen Auffälligkeiten beeinflussen das menschliche Verhalten ständig oder über einen längeren Zeitpunkt. Die Schwierigkeit liegt darin, dass diese Verhaltensweisen innerhalb einer Bandbreite durchaus normal sind. Es lässt sich aber keine exakte Trennlinie definieren, was für die relevante Frage der Schuldfähigkeit wichtig ist. Die grosse Mehrzahl der schwere oder wiederholte Delikte begleitenden Täter dürfte unter erheblichen psychischen Störungen leiden. Diese stets als entlastend anzuerkennen, könnte ein an der Schuld orientiertes Strafrecht aus den Angeln heben.

Klarer sieht die Sache beim krassen Mangel an Intelligenz (**Schwachsinn, Idiotie**) eines Täters. In der schwersten Ausprägung kann diese die Schuldfähigkeit aufheben, im Übrigen immerhin mildern.

Beeinträchtigt kann die Schuldfähigkeit schliesslich auch durch eine schwere **Störung des Bewusstseins**. Darunter fallen der **Alkoholrausch**, sonstige Intoxikationen, Fieberdelirien, hypnotischer Dämmerzustand, **völlige Übermüdung**, Schlaftrunkenheit oder **höchster Affekt**. Beim Affekt müsste die Schuldfähigkeit an sich schon im Normalfall, d.h. ohne von weiteren Ausfallerscheinungen begleitet, verneint werden. Vor allem bei Tötungsdelikten wird der Anteil an Affektataten als hoch eingeschätzt. Trotzdem ist hier eine Exkulpation in all diesen Fällen unannehmbar. Die **schweizerische Praxis ist daher bei der Annahme eines die Schuldfähigkeit ausschliessenden Affektes äusserst zurückhaltend**.

cc) psychologische Erfordernisse

Die von Art. 19 Abs. 1 geforderte Einsichts- und Bestimmungsfähigkeit müssen **auf das konkrete Delikt bezogen** werden. Beispielsweise beeinträchtigt eine schwere Alkoholisierung das Hemmungsvermögen bei einem Sexualdelikt mehr als bei einer Urkundenfälschung.

Positiv feststellen lässt sich die Einsichtsfähigkeit. Für die Bestimmungsfähigkeit⁸ hingegen kommt nur das Urteil in Betracht, dass sie ausgeschlossen sei. **Nicht verwechselt werden dürfen Einsichts- und Bestimmungsfähigkeit mit der Fähigkeit eines Täters, zu zweckgerichtetem, koordiniertem Handeln**. Dies ist nämlich schon bei einem Kleinkind gegeben, welches aber infolge fehlender Einsichts- und Bestimmungsfähigkeit schuldunfähig ist. Geschehensabläufe nach Erfahrungsregeln zu steuern ist etwas anderes, als sich nach rechtlichen Normen zu richten. Bei im Alkoholrausch begangenen Delikten wird aus der Planmässigkeit des Handelns oft *fälschlicherweise* auf Schuldfähigkeit geschlossen. Dabei wird verkannt, dass Alkohol in erster Linie Hemmungen beseitigt.

⁸ auch Direktions-, Motivations-, Steuerungsfähigkeit genannt

dd) Rechtsfolgen

War der Täter zur Tatzeit nicht schuldfähig, so muss er von Schuld und Strafe freigesprochen werden. Das gilt auch dort, wo an der Schuldfähigkeit nicht behebbare Zweifel bestehen. Das Gesetz eröffnet für diese Fälle immer noch die Möglichkeit, Massnahmen anzuordnen (z.B. Verwahrung) (Art. 19 Abs. 3).

b) verminderte Schuldfähigkeit (Art. 19 Abs. 2)

War der Täter nur teilweise fähig, das Unrecht einer Tat einzusehen oder gemäss dieser Einsicht zu handeln, so mildert das Gericht die Strafe (verminderte Schuldfähigkeit). Die Formulierung des StGB ist klar: bei verminderter Schuldfähigkeit ist das Gericht verpflichtet, die Strafe zu mildern. Die vorgenannten Ausschlussgründe der Schuldfähigkeit liegen dabei in schwächerer Ausprägung vor. Auch eine verminderte Schuldfähigkeit wird, wie die ausgeschlossenen, von der Praxis nur in krassen Fällen anerkannt. Nur dort wo vom Täter eine ungewöhnliche Willensanstrengung (Bestimmungsfähigkeit) vorgenommen werden müsste, damit er trotz Einsicht in das Unrecht auf die Tathandlung verzichtet, kann eine verminderte Schuldfähigkeit in Frage kommen.

c) Die Feststellung ausgeschlossener oder verminderter Schuldfähigkeit

Besteht ernsthafter Anlass zu Zweifel an der Schuldfähigkeit, hat das Gericht eine sachverständige Begutachtung des Täters anzuordnen (Art. 20). In der Würdigung eines Gutachtens ist das Gericht grundsätzlich frei und kann entgegen der Empfehlung des Gutachters aburteilen.

d) Verschuldeter Ausschluss der Schuldfähigkeit

aa) Die actio libera in causa (alic)

Der an sich schuldfähige Täter, der den Zustand aufgehobener oder verminderter Schuldfähigkeit herbeiführt, kann vorausgesehen haben (oder hätte es voraussehen können), dass er in diesem Zustand ein Delikt begeht. Art. 19 Abs. 4 sieht hierfür vor, dass die Absätze 1-3 nicht anwendbar sind, also keine aufgehobene oder verminderte Schuldfähigkeit vorliegen kann und auch keine Massnahmen als Ersatz für Strafen möglich sind.

Verschiedene Konstellationen sind hierzu möglich. Im einfachsten, aber ausserordentlich seltenen Fall plant der noch schuldfähige Täter das spätere Delikt und trinkt sich zum Bsp. vor der Ausführung Mut an, wobei er damit rechnet, seine Schuldfähigkeit zu mildern oder einzubüssen. Im ähnlichen Fall nimmt er in Kauf, dass er Zustand ausgeschlossener oder verminderter Schuldfähigkeit etwa ein Sexualdelikt begeht und sich trotzdem betrinkt.

Sehr viel schwieriger wird es im weitaus häufigeren Fall, dass der Täter in den Alkoholrausch „hineinschlittert“. Dann rechnet er zwar nicht mit seiner Schuldunfähigkeit, hätte diese aber immerhin voraussehen können und er begeht in diesem Zustand ein Delikt, das er entweder schon geplant hatte, oder dessen Begehung für ihn vorhersehbar gewesen wäre. Die strafrechtliche Haftung für dieses Delikt muss am Vorverschulden des Täters anknüpfen, die Frage ist nur, wie dies erfolgen kann.

Die Antwort darauf findet sich im Grundgedanken zu Art. 19 Abs. 4. Bei der alic ist der Täter zwar im Tatzeitpunkt nicht oder nur vermindert schuldfähig, er stellt aber die Weichen für das Delikt schon in dem Zeitpunkt, zu dem er noch uneingeschränkt schuldfähig ist. Hat der Täter in dem Zeitpunkt, in dem er noch voll schuldfähig war, den Vorsatz für die seine Schuldfähigkeit aufhebende Handlung (z.B. Alkoholkonsum) und auch für das eigentliche Delikt, ist er zweifellos für ein vorsätzliches Delikt haftbar. Fehlt das für den Vorsatz notwendige Wissen und Willen, war für ihn also lediglich ein Fahrlässigkeitsdelikt voraussehbar, kommt auch nur Fahrlässigkeitshaftung in Frage, selbst wenn er sich vorsätzlich betrank.

Im häufigen Fall des bedenkenlos Alkohol konsumierenden Automobilisten, der trinkt, obwohl er weiss, dass er noch nach Hause fahren muss, liegt deshalb bezüglich des Fahrens in angetrunkenem Zustand ein Vorsatzdelikt vor, bezüglich eines alkoholbedingten Unfalls aber nur eine fahrlässige alic. Umstrittener ist hingegen die Kombination eines fahrlässig herbeigeführten Schuldausschlusses mit anschliessender Begehung einer Vorsatztat, beispielsweise eines Täters, der trinkt, obwohl er weiss, dass er im Rausch zu schweren Gewaltdelikten neigt. Nach überwiegender Lehre liegt dann nur eine Haftung für ein fahrlässig begangenes Delikt vor.

bb) Verübung der Tat in selbstverschuldeter Unzurechnungsfähigkeit (StGB Art. 263)

Die Schuldunfähigkeit eines Täters wird also gem. Art. 19 Abs. 4 aufgehoben, wenn er die Schuldunfähigkeit hätte vermeiden können und die bestimmte strafbare Tat hätte voraussehen können. Ausschluss oder Verminderung der Strafbarkeit sind also ausgeschlossen. Er muss jedoch das konkrete, bestimmte Delikt voraussehen, es genügt also nicht, dass der Täter nur die Möglichkeit irgendeines, nicht konkreten Deliktes voraussieht. Hier liegt ebenso wenig eine alic vor wie dort, wo der voll verantwortliche Täter mit dem späteren, in Schuldunfähigkeit begangenen Delikt weder gerechnet hat, noch hätte rechnen müssen. Der Täter haftet in beiden Fällen für sein Delikt.

Trotzdem – und dem Schuldprinzip krass widersprechend – hat der Gesetzgeber in Art. 263 vorgesehen, dass bestraft wird, wer im willentlich herbeigeführten Alkohol- oder Drogenrausch (also unzurechnungsfähig) ein nicht voraussehbares Delikt begeht, was wohl als Tribut zur Besänftigung der in solchen Fällen grollenden Volksseele zu verstehen ist. Letztlich wird der Täter hier (ausschliesslich) für das Trinken bestraft.

II Die Verbotskenntnis, Unrechtsbewusstsein (N 39-59)

1. Dogmengeschichtliche Entwicklung

Auch wenn der Täter seiner psychischen Verfassung nach über die die Fähigkeit zur Einsicht in das Unrecht seiner Tat verfügt, also kein Schuldausschlussgrund im Sinne von Art. 19 vorliegt, kann er aus anderen Gründen an dieser Einsicht gehindert sein. Beispielsweise wenn er aus einem Land stammt mit abweichender Rechtsordnung oder wenn er sich auf eine falsche Rechtsauskunft beruft. Wer jedoch im Zeitpunkt der Tat nicht weiss und nicht wissen konnte, dass sein Verhalten rechtlichen Normen widerspricht, gegen den kann keinen Schuldvorwurf erhoben werden. Das neue StGB trägt diesem Umstand uneingeschränkt Rechnung.

Dies war lange Zeit nicht der Fall. Die immer noch kursierende Regel, Unkenntnis des Gesetzes schütze nicht vor Strafe⁹, entsprach der herrschenden Auffassung im 19. Jh. und ist heute überholt und falsch. Dies liess sich damals rechtfertigen, als das Strafrecht auf die Ahndung elementarster Verstösse gegen die soziale Ordnung beschränkt war. Nachdem das Strafrecht über den Kernbereich elementarster sozialer Normen weit hinausgewuchert ist, lässt sich dieser Grundsatz nicht mehr halten. Es gilt heute umgekehrt, dass die Unkenntnis des Gesetzes den Täter entlastet, ausser wenn sie unentschuldbar ist, die Unkenntnis also vermeidbar war. Dem entspricht der heutige Art. 21 (Irrtum über die Rechtswidrigkeit¹⁰).

2. Die Abgrenzung des Verbotsirrtums

a) Das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit

Zu klären ist vorerst die Umschreibung der Art des Wissens, von dessen Fehlen Art. 21 handelt. Gemäss BGER genügt es, dass sich der Täter bewusst war, unrecht zu handeln. Dass er das

⁹ „error juris nocet“

¹⁰ früher „Rechtsirrtum“ genannt, Synonyme: Verbotsirrtum, Unrechtskenntnis, Unrechtsbewusstsein

unbestimmte Empfinden hatte, gegen Recht zu verstossen, sei es gegen subjektive Rechte anderer oder gegen die Rechtsordnung, einfach gegen das, was recht ist. Der Täter braucht **nicht das Bewusstsein der Strafbarkeit seiner Handlung** zu haben. Wie beim Vorsatz braucht er keine exakte juristische Würdigung vorzunehmen, vielmehr genügt es, dass er sein Verhalten in der ihm als Laien, bzw. dem Durchschnittsbürger möglichen Art an den rechtlichen Wertvorstellungen misst. Insbesondere muss er auch von der Strafandrohung keine Kenntnis haben. Der Täter muss damit rechnen, dass sein Verhalten **staatlichen Zwang auslösen** kann. Liegt dies vor, hat er das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit und ein Verbotsirrtum scheidet aus.

Es genügt allerdings nicht, dass dem Täter bewusst ist, dass er gegen ethische Wertvorstellungen verstösst. Die Trennung von Recht und Moral gehört seit dem 18. Jh. zu den elementaren Prinzipien eines Rechtsstaates. Zudem ist längst nicht alles sittenwidrige Verhalten von Rechts wegen verboten.

b) Arten des Verbotsirrtums

Ein Verbotsirrtum ist dann gegeben, wenn dem Täter das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit trotz Kenntnis des unrechtsbegründenden Sachverhaltes fehlt. Da sich das Unrechtsbewusstsein auf die rechtlichen Momente einer Handlung stützt, entfällt es schon bei einem Sachverhaltsirrtum und auch bei irriger Annahme einer rechtfertigenden Sachlage (Putativrechtfertigung). Wer nicht weiss, dass eine Sache die er zerstört, in fremdem Eigentum steht, weiss erst recht nicht, dass deren Zerstörung verboten ist. Per Definition darf der Verbotsirrtum deshalb nicht in einem Sachverhaltsirrtum begründet sein. Beim **direkten Verbotsirrtum** geht der Täter davon aus, sein Verhalten sei rechtlich vollkommen irrelevant. Anzutreffen ist dies am ehesten bei sozialetisch nicht relevanten Normen im Nebenstrafrecht. Beim **indirekten Verbotsirrtum** weiss der Täter um den Widerspruch seines Verhaltens zur Rechtsnorm, er geht aber irrigerweise von einem Rechtfertigungsgrund aus, den es nicht gibt. Der indirekte Verbotsirrtum ist strikt abzugrenzen von der Putativrechtfertigung. Bei dieser nimmt der Täter eine falsche Sachlage an, die, wenn sie wirklich bestünde, einen Rechtfertigungsgrund schaffen würde. Nimmt er hingegen eine falsche Rechtslage an, geht er also von den tatsächlich vorliegenden Umständen aus und denkt fälschlicherweise, diese würden einen Rechtfertigungsgrund schaffen, unterliegt er einem indirekten Verbotsirrtum. Als Beispiel etwa die Mitarbeiterin einer Bundesrätin, die glaubt, mit Weisung ihrer Chefin vom Amtsgeheimnis entbunden zu sein.

3. Die Behandlung des Verbotsirrtums (Schuldtheorie)

a) Der Verbotsirrtum ist heute, im Gegensatz zu früher, bei der Schuld angesiedelt, Der Grund dafür liegt im sachlichen Unterschied zwischen Irrtümern über den Sachverhalt und solchen über die Verbotsnorm: **Wer die unrechtsbegründenden Tatumsstände (wie beim Sachverhaltsirrtum) nicht kennt, kann gar nicht wissen, dass er rechtswidrig handelt.** Wer die Tat aber mit Wissen und Willen, also mit Vorsatz verwirklicht weiss i.d.R. zumindest um das Unrecht. Der Verbotsirrtum entlastet den Täter daher nicht im selben Umfang wie der Sachverhaltsirrtum. Der unvermeidbare Verbotsirrtum lässt jeden Schuldvorwurf entfallen und führt zur Straflosigkeit. Hätte der Täter hingegen um das rechtliche Verbot, das er übertritt, wissen können (vermeidbarer Irrtum), haftet er für ein vorsätzliches Delikt, wird aber milder bestraft, je nach Grad der Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums.

b) Der Verbotsirrtum von Art. 21 berührt den Vorsatz nicht. Für die **Rechtsfolge** des Verbotsirrtums steht die **Frage der Vermeidbarkeit** im Zentrum. Irrte sich der Täter aus „zureichenden Gründen“, war der Verbotsirrtum unvermeidbar und der Täter wird entschuldigt. Bei zureichenden Gründen „hätte sich auch ein gewissenhafter Mensch in die Irre führen lassen“.

Als **vermeidbar** gilt der Verbotsirrtum zunächst dort, wo der Täter selbst an der Rechtmässigkeit seines Verhaltens zweifelt oder wo er immerhin weiss, dass eine rechtliche Regelung besteht, ohne sich aber über deren Inhalt und Reichweite zu informieren. Ähnlich ist es dort, wo er sich über behördliche Auskünfte oder Anordnungen hinwegsetzte. Vermeidbar ist der Verbotsirrtum auch dort, wo der Täter **nach den Umständen Zweifel an der Rechtmässigkeit** seines Verhal-

tens haben müsste. Solche Zweifel müsste er dort haben, wo sein Handeln andere gefährdet oder deren Widerspruch auslöst oder wo warnende Hinweise eines Laien auf Strafbarkeit vorliegen. **Unvermeidbar** war der Irrtum im Gegenzug, wenn er sich auf eine **falsche Weisungen einer zuständigen Behörde stützte** oder er für die gleiche Tat bereits früher freigesprochen wurde. Allerdings: die bloss behördliche Duldung einer Handlung lässt keine Schlüsse bezüglich deren Rechtmässigkeit zu. Allerdings besteht für den Täter keine generelle Erkundigungspflicht. Das eigene Verhalten bei beliebigem Anlass auf seine Rechtmässigkeit überprüfen zu lassen würde zu weit führen. Der Verbotsirrtum findet nur in seltenen Grenzfällen Anerkennung, die **Praxis ist überaus restriktiv**.

c) War der Verbotsirrtum unvermeidbar, trifft den Täter also keine Schuld. Er ist freizusprechen. War der Irrtum hingegen vermeidbar, so ist, bzw. muss die Strafe gemildert werden; die gesetzlich angedrohte Höchststrafe ist ausgeschlossen. Dies gilt selbst in Fällen krasser Gleichgültigkeit gegenüber der Rechtsnorm seitens des Täters.

III Die Zumutbarkeit (N 60-81)

Es gibt Gründe, die den Täter nicht nur an der Einsicht in die Tat hindern, sondern auch den Entschluss erschweren, nach dieser Einsicht zu handeln. Neben dem Schuldausschluss durch unvermeidbaren Verbotsirrtum ist deshalb auch der Schuldausschluss durch die Unzumutbarkeit rechtmässigen Verhaltens möglich.

1. Der Grundgedanke

Der wichtigste Fall dazu ist der entschuldigende Notstand (Art. 18), der **in Fällen übermächtiger seelischer Bedrängnis** zur Anwendung kommt. Ein Schulbeispiel hierzu illustriert **das Brett des KARNEADES** aus der griechischen Mythologie. Ein Schiffbrüchiger stösst einen anderen von der rettenden Planke um sein eigenes Leben zu retten. Der entschuldigende Notstand setzt, wie der rechtfertigende, eine Güterkollision voraus. Zwar wird hier nicht das überwiegende Interesse gewahrt wie beim rechtfertigenden Notstand, aber der Täter doch auch schutzwürdige Güter, sodass das Unrecht vermindert wird.

2. Die Einzelfälle der Unzumutbarkeit

a) Der entschuldigende Notstand (Art. 18)

Nicht schuldhaft handelt, wer eine mit Strafe bedrohte Tat begeht, um sich oder eine andere Person aus einer unmittelbaren, nicht anders abwendbaren Gefahr für Leib, Leben, Freiheit, Ehre, Vermögen oder andere hochwertige Güter zu retten, wenn ihm nicht zuzumuten war, das gefährdete Gut preiszugeben (Art. 18 Abs. 2). War ihm dies zuzumuten, wird die Strafe immerhin gemildert (Abs. 1).

aa) Die Güterkollision unterscheidet sich nicht vom rechtfertigenden Notstand: auch hier müssen Individualgüter bedroht sein durch eine unmittelbar, nicht anders abwendbare Gefahr. Es muss sich jedoch im Unterschied zum rechtfertigenden Notstand **nicht um höherwertige Interessen**, sondern **lediglich um hochwertige Güter** handeln, von denen in Art. 18 einige aufgezählt sind.

bb) Für die Entschuldbarkeit der Notstand ist entscheidend, ob dem Täter **die Preisgabe des gefährdeten Gutes zuzumuten war**.

(1) Vorerst ist das Wertverhältnis der kollidierenden Interessen zu betrachten. Für einen Schuldausschluss muss das gefährdete Rechtsgut **mindestens ebenso wertvoll** sein, wie das dasjenige, in welches eingegriffen wird (vgl. Karneades). Natürlich kommt es auch hier auf die Schwere der Gefahr an: eine leichte Ehrverletzung oder eine Tötlichkeit können Eingriffe in fremde Rechtsgüter niemals entschuldigen.

(2) Weiter spielt es eine Rolle, ob dem Täter eine **Gefahrtragungspflicht** obliegt, die die Preisgabe des bedrohten Gutes als zumutbar erscheinen lässt. Bestimmte Berufe (Polizisten, Bergführer, Soldaten) sind zur Hinnahme erhöhter Risiken verpflichtet, weshalb für sie ein entschuldigender Notstand kaum oder nur in äussersten Fällen (Lebensgefahr) denkbar ist. Gleiches gilt für eine **Gefahrgemeinschaft**, etwa auf einer Bergtour. Auch die **Obhuts- und Sorgspflicht** der Eltern gegenüber ihren Kindern steht entschuldigenden Notstandshandlungen entgegen. Auch besteht eine Gefahrtragungspflicht dann, wenn der Täter diese selbst pflichtwidrig herbeigeführt hat. Ein Täter, der sein Gut selber in Gefahr bringt, verdient nicht ohne weiteres Nachsicht, wenn er es auf Kosten unbeteiligter Dritter rettet.

cc) Der **Rettungswille** gehört, wie beim rechtfertigenden Notstand, als subjektives Element auch zum entschuldbaren Notstand.

dd) Auch die **Notstandshilfe** ist wiederum entschuldbar. Der psychische Druck, die die strafausschliessende oder –mildernde Wirkung des entschuldbaren Notstand begründet, kann auch gegeben sein, wenn die Gefahr **einer dem Täter nahe stehenden Person**¹¹ droht. Nur dann stellt sich für den Täter auch die Frage der Zumutbarkeit. War diese gegeben, kommt nur Strafmilderung in Frage.

b) sonstige Fälle (Notwehrexzess, Art. 16 Abs. 2)

Ein weiterer genereller, d.h. nicht auf bestimmte Straftatbestände beschränkter Schuldausschliessungsgrund ist der Unzumutbarkeit zuzuordnen: Strafflos bleibt, wer in entschuldbarer Aufregung oder Bestürzung exzessive Notwehr verübt (Art. 16 Abs. 2).

3. Die irrige Annahme der schuldausschliessenden Sachlage

Auch bei der auf Unzumutbarkeit beruhenden Schuldausschliessungsgründen kann der Fall eintreten, dass nur die subjektiven, nicht aber die objektiven Elemente gegeben sind: dann nämlich, wenn **der Täter irrigerweise annimmt, sich in einer schuldausschliessenden Sachlage zu befinden**.

Etwa dann, wenn er irrigerweise glaubt, es liege die Situation eines schuldausschliessenden Notstandes vor (=Putativnotstand) Die Rechtsfolgen sind korrekterweise (und in Abweichung zur Praxis des BGer, welches von einem Sachverhaltsirrtum gem. Art. 13 ausgeht) die gleichen wie beim Verbotsirrtum von Art. 21, nämlich Strafflosigkeit bei unvermeidbarem Irrtum oder Strafmilderung bei vermeidbarem Irrtum.

§ 14 Die Elemente des vorsätzlichen Unterlassungsdeliktes

Das StGB beschränkt sich nicht auf ein Verbot, bestimmte Delikte durch aktives Tun zu begehen, sondern stellt auch das Gebot auf, den Eintritt eines bestimmten Erfolges abzuwenden. Neben das Handlungsdelikt tritt deshalb das Unterlassungsdelikt (UD). Beide Verhaltensweisen sind strukturell grundlegend und in der strafrechtlichen Handhabung unterschiedlich. Statt strafrechtlich zu handeln, nimmt der Täter beim UD eine gebotene Handlung eben gerade nicht vor, und macht sich dadurch strafbar. Da sich die Strafrechtsdogmatik jedoch lange Zeit ausschliesslich mit dem Handlungsdelikt beschäftigt, sind beim UD viele Fragen noch ungeklärt.

Allein schon die Frage, ob ein bestimmtes Verhalten als Begehung oder Unterlassung zu bezeichnen ist, kann Schwierigkeiten bereiten. Die in Deutschland verwendete „**Schwerpunkttheo-**

¹¹ Im VE zu Art. 16 war „nahe stehend“ sogar im Gesetzesartikel enthalten, wurde dann aber in der parlamentarischen Beratung gestrichen. Trotzdem kommt es auf die Nähe des Täters zur gefährdeten Person an.

rie“ wird in der schweizerischen Doktrin abgelehnt. Vielmehr kommt bei uns eine Unterlassung nur dann in Betracht, wenn die strafrechtliche Haftung nicht an eine Handlung des Täters geknüpft werden kann. Das UD ist also nachrangig, subsidiär zum Handlungsdelikt, weshalb wir von **Subsidiaritätstheorie** sprechen.

A Die Tatbestandsmässigkeit

I Der objektive Tatbestand

(Täterkreis – Erfolg – Kausalität – Tatmacht)

1. Der Kreis möglicher Täter

Das UD besteht in der Missachtung des Gebote, tätig zu werden. Nur eine zur Handlung verpflichtete Person kann daher ein UD begehen. Die vorab zu klärende Frage, wen eine solche Handlungspflicht trifft, kann nur schwer beantwortet werden. Nachdem schon nach den sozialen Konventionen nur ausnahmsweise eine Handlungspflicht besteht, muss dies erst recht für das Strafrecht gelten. Das Gesetz umschreibt die Voraussetzungen für eine Handlungspflicht nur unvollständig. Nur eine kleine Zahl von Tatbeständen schreibt explizit eine Handlungspflicht vor (sog. Echte UD). Die Umstände, unter denen ein Begehungsdelikt ausnahmsweise durch Unterlassung begangen werden kann, umschreibt Art. 11 nur stichwortartig (unechte UD).

a) Echte Unterlassungsdelikte

Die echten UD haben unterschiedliche Bedeutung. Vorab handelt es sich um Gebot, denen zuwiderhandeln deutlich weniger schwer wiegt als der aktive Eingriff in ein Rechtsgut. Als Bsp. dienen einerseits reine Ordnungsverstösse wie das Nichtmelden eines Schwangerschaftsabbruches (Art. 120), der Ungehorsam gegen amtliche Verfügung (Art. 292) oder die Vernachlässigung von Unterhaltspflichten (Art. 217). Die Unterlassung ist hier die einzig denkbare Rechtsgutverletzung. Daneben gibt es Handlungsgebote, die ein Rechtsgut schützen, das auch durch aktives Tun verletzt werden kann. Als Bsp. dient die unterlassene Hilfeleistung durch Unbeteiligte gegenüber einem in Lebensgefahr schwebenden Menschen. Die Nichterfüllung, bzw. die Unterlassung wird auch im krassesten, vorsätzlichen Fall, in dem der Täter damit rechnet, dass der Betroffene stirbt, nur mit bis zu drei Jahren Freiheitsstrafe bedroht (Art. 128). Echte UD sind immer **Tätigkeitsdelikte**. Auf den Eintritt des Erfolges kommt es nicht an.

In anderen Tatbeständen wird das Unterlassen gleich wie die Begehung sanktioniert. Als Bsp.: Die Aussetzung (Art. 127), die ungetreue Geschäftsbesorgung, wo das Delikt auch darin bestehen kann, dass ein Vermögensverwalter nur zulässt, dass das ihm anvertraute Vermögen geschädigt wird; das Nichtanbringen von Sicherheitsvorrichtungen (Art. 230) oder das Entweichenlassen von Gefangenen (Art. 319).

b) Unechte Unterlassungsdelikte

Die Nichtabwendung eines strafrechtlich missbilligten Erfolges kann nur dann ein ebenso schweres Unrecht sein wie eine Handlung, wo den Unterlassenden eine besondere gesteigerte Handlungspflicht trifft; die sog. **Garantenstellung**.

Im 18. Jh. war hierunter v.a. die durch eine Mutter durch Unterlassung begangene Kindstötung von Bedeutung, häufig an einem ausserehelichen Kind begangen. Das StGB von 1937 enthielt keine Bestimmung zu den unechten UD und überliess es Rechtsprechung und Lehre, die genauen Voraussetzungen zu regeln. Die Bestrafung widersprach damit dem nullum-crimen-Satz (Art. 1). Mit dem revidierten StGB wurde nun der Art. 11 geschaffen, der nun, wenn auch sprachlich verkrampft, eine gesetzliche Grundlage für die Bestrafung von unechter Unterlassung stellt. Angesichts der wenig präzisen Formulierung soll deshalb die Strafbarkeit der unechten Unterlassung nicht ausgeweitet werden.

c) Entstehungsgründe von Garantenpflichten

Die einzelnen Garantenverhältnisse werden nach ihren Entstehungsgründen benannt. Eine eigentliche Systematik ist dabei nicht erkennbar.

aa) Gesetz

Die Entstehung einer Garantenpflicht „aufgrund des Gesetzes (Art. 11 Abs. 2)“ ist unbestritten. Allerdings ist noch nicht jede gesetzliche Handlungspflicht eine Garantenpflicht. Es kommt dabei auf die Beziehung zwischen dem Verpflichteten und dem bedrohten Rechtsgut an.

Eine Garantenstellung aufgrund Gesetz entsteht zunächst dort, wo Personen **Verantwortung für einen bestimmten Aufgabenbereich** tragen. So begehen an der Strafverfolgung beteiligte Polizeibeamte, Jagdaufseher, Staatsanwälte usw. eine Begünstigung (Art. 305), wenn sie es unterlassen, Straftaten anzuzeigen. Hingegen gilt dies nicht für die Anzeigepflicht von Staatspersonal nach kantonalem Recht. Das Gesetz kann auch zur Sorge für eine Person verpflichten, wie z.B. ZGB Art. 159 Abs. 3 im Verhältnis von Ehegatten oder von Eltern zu minderjährigen Kindern. Das Nichtabwenden einer Gefahr für diese Personen stellt aufgrund der **engen persönlichen Bindung** eine strafbare Unterlassung dar. Schliesslich fallen unter den Entstehungsgrund des Gesetzes auch die **Überwachung von Gefahrenquellen**, soweit diese gesetzlich geregelt sind. Nicht jeder Verstoss ist jedoch als strafrechtliche Unterlassung zu betrachten. Die in OR 56 statuierte Pflicht des Tierhalters ist es eher nicht.

Selbst wenn das Gesetz eine Handlungspflicht vorsieht, ist diese nur strafrechtlich als Garantenpflicht zu betrachten, wenn der Verpflichtete **in gesteigertem Masse für das Rechtsgut verantwortlich** ist. Nur dann kann ihm „nach den Umständen der Tat derselbe Vorwurf (Gleichwertigkeit) gemacht werden, wie wenn er die Tat durch aktives Tun begangen hätte“ (Art. 11 Abs. 3)

bb) Vertrag

Auch hier gilt, dass nicht jede vertragliche Verpflichtung zur Wahrung fremder Interesse eine gesteigerte Verantwortung und damit eine Garantenpflicht begründet.

Dies ist nur dann der Fall, wenn dem Verpflichteten **eine besondere Obhuts-, Sorge- oder Aufsichtspflicht** zukommt. Dies führt zu Einschränkungen: Die Abwehr der strafrechtlich relevanten Rechtsgutverletzung muss eine **vertragliche Hauptpflicht** darstellen, wie es z.B. bei der Indienstnahme eines Bergführers, eines Sport- oder Fahrlehrers oder eines Kindermädchens der Fall ist. Blosser Nebenpflichten, die sich ggf. allein aus dem Grundsatz von Treu und Glauben ergeben, wie das im nachbarschaftlichen Freundschaftsdienst liegende Betreuen der Wohnung während Abwesenheiten, begründen keine Garantenpflicht. Zudem genügt nicht ein Vertrag, sondern es muss eine **faktische Uebernahme** der Pflicht erfolgen.: Der Schutz des Rechtsgutes muss tatsächlich in die Hände des Verpflichteten gelegt worden sein. Es ist nicht notwendig, dass der Vertrag zivilrechtliche Wirksamkeit erlangt hat.

cc) Vorangehendes gefährdendes Tun (Ingerenz)

Wer eine Gefahrenlage schafft, hat an Vorsichtsmassnahmen alles Zumutbare vorzukehren, um einen Unfall zu vermeiden (BGE). Im Detail sind viele Fragen aber ungeklärt.

(1) Die Haftung aufgrund Ingerenz ist auf jene Gefahren zu beschränken, die durch das Vorverhalten adäquat kausal verursacht wurden.

(2) Das **Vorverhalten muss unzulässig oder pflichtwidrig sein**: Wer sein Notwehrrecht ausübt hat gegenüber dem Verletzten keine Garantenpflicht, trotz vorangehendem gefährdendem Tun (je-

doch eine Pflicht zur Hilfeleistung nach Art. 128). Aus der Schaffung erlaubter Risiken (z.B. Autofahren) kann keine Garantenpflicht entstehen. Die Gefahrenlage muss zumindest aus sorgfaltswidrigem Verhalten entstanden sein.

(3) Sozialadäquates Verhalten: Wer einem Betrunkenen ein Messer überlässt, muss eingreifen, wenn dieser damit einen Dritten bedroht. Hingegen ist umstritten, inwieweit sich ein Wirt durch die Abgabe von Alkohol an einen Autofahrer der Ingerenz strafbar macht. **Alltagshandlungen sollen nicht unter Strafe stehen.** Der Wirt hat auch kein unerlaubtes Risiko geschaffen, was seine Haftung eher ausscheiden lässt.

dd) Freiwillig eingegangen Gefahrgemeinschaft

Die Teilnahme an einer Bergtour, Expedition verpflichtet *alle* Beteiligten (nicht wie für den Vertrag nur den Bergführer) zu gegenseitigem Beistand. Die Abgrenzung zum Entstehungsgrund des Vertrages ist unscharf. Wer bewirkt, dass andere sich im Vertrauen auf Hilfe Gefahren aussetzen, die sie sonst nicht auf sich genommen hätten, muss solche Gefahren dann auch soweit als möglich abwenden. Ein erfahrener Alpinist, der nicht berggewohnt zum Mitwandern veranlasst, nimmt ebenso eine Garantenstellung ein, wie jemand der aufgrund seiner Erfahrung faktisch die Leitung einer Gruppe von Bergsteigern übernimmt (vertragsähnliche Situation BGE). Keine Garantenpflicht entsteht, wenn mehrere nur zufällig von einer Gefahr bedroht sind (z.B. Waldbrand).

ee) Weitere Entstehungsgründe

Art. 11 deutet an, dass die Aufzählung der Gründe für die Entstehung einer Garantenstellung nicht abschliessend ist („namentlich“). Folgende weitere Gründe werden diskutiert:

(1) **Enge Lebensgemeinschaft**: etwa im Verhältnis Grosseltern zu Enkel, Geschwister untereinander oder eheähnliches Zusammenleben. Die Rechtsprechung hat hier die Entstehung einer Garantenpflicht lange verneint, ist aber inzwischen etwas vorsichtiger. Trotzdem wird man dem älteren Geschwister gegenüber einem kleinen Kind nicht die bei einem Au-pair-Mädchen unstrittige Garantenstellung zuschreiben können.

(2) **Herrschaftsbereich**: Eigentümer von Anlagen sind verpflichtet, davon ausgehende Gefahren zu kontrollieren und Schäden Dritter zu verhindern (sog. **Zustandshaftung**). Allerdings besteht keine Verpflichtung, die deliktische Nutzung von Sachen zu verhindern. Der Eigentümer eines Hauses ist nicht verpflichtet, zu verhindern, dass darin Straftaten verübt werden. Bei der **Geschäftsherrenhaftung** geht es um die Frage, inwieweit Kader für eine im Betrieb begangene Straftat verantwortlich gemacht werden können, die sie zwar nicht veranlasst oder gefördert, aber toleriert haben. Der Geschäftsherr ist dann in einer Garantenstellung, und damit strafrechtlich für Unterlassung haftbar, wenn er im Unternehmen eine **beherrschende Rolle** hat und in Kenntnis dessen, was geschieht, unterlässt einzugreifen. (Fall Bührle, BGE). Vorgesetzte sind kraft ihrer Autoritätsstellung verpflichtet, Delikte ihrer Untergebenen zu verhindern. Die Haftung ist allerdings auf Delikte beschränkt, die mit der spezifischen Aufgabe des Unternehmens zusammenhängen.

(3) Produkthaftung: Der Hersteller ist verpflichtet, gefährliche Produkte zurückzurufen, wenn er davon Kenntnis hat (Medikamente mit Nebenwirkungen). Andernfalls haftet er für Unterlassung aus Garantenstellung.

2. Das tatbestandsmässige Verhalten

Das mit Strafe bedrohte Verhalten beim UD besteht in der Nichtvornahme einer gebotenen Handlung.

a) Un-Tätigkeitsdelikte

Die echten UD sind Tätigkeitsdelikte und erfordern für die Tatbestandsmässigkeit keinen Erfolg.

b) Erfolgsdelikte

Beim Erfolgsdelikt ist erforderlich, dass die Nichtvornahme einer gebotenen Handlung zu einem Verletzungs- oder Gefährdungserfolg führt. Damit stellt sich, wie schon beim Handlungsdelikt, die Frage nach dem Zusammenhang, der **Kausalität**, zwischen der Unterlassung und dem Erfolg.

Die Zurechnung eines Erfolges an eine Unterlassung hängt nur davon ab, ob der Täter den Erfolg bei Vornahme der gebotenen Handlung hätte abwenden können. Dies ist die Frage der **hypothetischen Kausalität**. Allerdings lässt sich niemals mit Gewissheit sagen, welche Wirkungen ein nicht stattgefundener Geschehensablauf gehabt hätte.

Das BGE bejaht eine Kausalität schon dann, wenn die erwartete Handlung nicht hinzugedacht werden könnte, ohne dass der Erfolg *höchstwahrscheinlich* entfielen (sog. **Wahrscheinlichkeitstheorie**). Daran sind in zweierlei Hinsicht Bedenken angebracht: Lässt sich nicht mehr zweifelsfrei klären, ob ein Verletzter, zu dem Zeitpunkt, in dem ein Verpflichteter noch hätte Hilfe leisten können, überhaupt noch am Leben war, darf ein solcher Zweifel „in dubio pro reo“ nicht zu Lasten des Täters gehen. Vielmehr muss für eine Tatbestandsmässigkeit absolute Gewissheit bestehen, dass der Verletzte noch am Leben war. In dieser Hinsicht geht die Formel des BGE zu weit bzw. ist zu streng für den Täter. Zum Zweiten ist die Anforderung, dass die verlangte Hilfeleistung „höchstwahrscheinlich“ den Erfolg abgewendet hätte, eine zu wenig strenge Anforderung an den Täter. Er hätte auch handeln müssen, wenn die Handlung vielleicht nur eine geringfügig höhere Überlebenschance eröffnet.

Deshalb muss auch beim UD das **Prinzip der Risikosteigerung** gelten. Den Tatbestand der Unterlassung erfüllt das Unterlassen jener Handlung, die die zur Rechtsgutverletzung führenden Gefahr beseitigt oder auch nur vermindert hätte. Es braucht den **Nachweis** (und nicht bloss die Wahrscheinlichkeit), dass die gebotene Handlung das Risiko des Erfolges eintritt gemindert hätte. Andernfalls kann keine strafrechtlich relevante Unterlassung vorliegen.

c) Tatmacht

Vom Unterlassungstäter kann nur eine Handlung gefordert werden, deren Vornahme im möglich gewesen wäre. Er muss über die Tatmacht verfügen. Man „unterlässt“ nicht, den Arzt zu rufen, wenn man ihn gar nicht erreichen kann (objektives Element). Zudem muss der Täter auch die **Fähigkeit** haben, die gebotene Handlung auszuführen (subjektives Element). Das setzt voraus, dass die Gefahr des Erfolges eintritt und die Möglichkeit ihn abzuwenden, für ihn **erkennbar** sind. Die Handlungspflicht erstreckt sich daher nicht auf Bedrohungen, die nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge nicht anzunehmen sind oder auf Gegenmassnahmen, die erfahrungsgemäss keinen Erfolg versprechen (adäquate Kausalität). Wer nicht schwimmen kann, ist nicht verpflichtet, dem Ertrinkenden schwimmend zu Hilfe zu eilen.

II Der subjektive Tatbestand

1. Der Unterlassungsvorsatz

Auch beim UD sind Vorsatz und Fahrlässigkeit zu unterscheiden.

a) Die Wissensseite

Die Wissensseite ist beim identisch mit jener beim Begehungsdelikt. Die Kenntnis der reinen pflichtbegründenden Sachlage genügt auch hier nicht. Der Täter muss auch hier die „Parallelwertung in der Laiensphäre“ vollzogen haben bezüglich Bedeutung und Funktion der Tatbestandsmerkmale. So etwa muss der Täter um seine Garantenpflicht wissen, also bei einem Verkehrsunfall wissen, dass er eigentlich helfen sollte. Fehlt es am Wissen um seine Verantwortung, also seine **Garantenstellung, liegt ein Tatbestandsirrtum** vor, der nach Art. 13 zu beurteilen ist. Weiss der Täter hingegen um seine Garantenstellung, glaubt jedoch irrtümlich nicht helfen zu müssen weil dies von ihm besondere Anstrengungen verlangen würde, so irrt er bezüglich seiner Garantenpflicht. **Diesfalls liegt ein Gebotsirrtum vor, der nach Art. 21 zu beurteilen ist.**

Bei einem Erfolgsdelikt erfordert der Unterlassungsvorsatz weiter das Wissen um die Möglichkeit des Erfolgseintrittes und das Wissen um die Möglichkeit des Täters, ihn abzuwenden. Glaubte also der Täter irrtümlich, dass seine Handlungen keine Abwendung bringen würden oder verneint er seine Fähigkeit zum Eingreifen, liegt also wiederum ein Tatbestandsirrtum vor. Den Vorsatz beim UD hat ein Täter schon dann, **wenn er sich nicht die Mühe macht, über Rettungsmaßnahmen nachzudenken, obwohl er damit rechnet, dass es sie geben könnte.**

b) Die Willensseite

Ob der Unterlassungsvorsatz eine Willensseite aufweist, ist umstritten. Ein Unterlassungstäter, der mit dem drohenden Erfolg einverstanden ist, braucht keine zum Eingreifen drängenden Antriebe zu unterdrücken. Hier fehlt jegliche Entscheidung und damit auch ein Verwirklichungswille. ARMIN KAUFMANN¹² vertritt daher die Meinung, dass beim UD kein Vorsatz verlangt werden könne.

Der Vorsatz enthält eine Entscheidung gegen das Rechtsgut, die Fahrlässigkeit hingegen nicht. Der Wille beim Vorsatz liegt darin, dass der Täter die Bereitschaft hat, den Erfolgseintritt als Konsequenz seines Nichtstuns hinzunehmen.

Greift der Täter bei drohender Gefahr nicht oder nicht genügend ein, *kann* das bedeuten, dass er den Erfolg in Kauf nimmt. Er erfüllt damit den **Eventualvorsatz** für das Unterlassungsdelikt. Unterlässt er ein Eingreifen im Vertrauen darauf, dass schon nichts passieren werde, so fällt ihm nur **bewusste Fahrlässigkeit** zur Last.

2. Besondere subjektive Tatbestandsmerkmale (Absichten, Motive, Beweggründe)

Auch beim UD können solche, über den Vorsatz hinausgehenden subjektiven Tatbestandsmerkmale vorliegen. Bei den echten UD ergeben sich diese, falls vorhanden aus dem Gesetz. Schwieriger ist dies bei den unechten UD zu beurteilen, wo STRATENWERTH auf den BT verweist.

B Die Rechtswidrigkeit

Die Ausführungen zum Begehungsdelikt sind auch beim UD anwendbar. Praktische Bedeutung hat v.a. die **Pflichtenkollision**.

C Die Schuld

Auch hier gelten im Prinzip die gleichen Regeln wie für das Handeln. Der Täter muss schuldfähig sein und er muss erkennen können, dass die Unterlassung einem rechtlichen Gebot zuwi-

¹² ARMIN KAUFMANN, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959

derläuft (**Gebotsirrtum**, 21). Ein solcher dürfte noch eher entschuldbar sein, als ein Verbotssirrtum beim Begehungsdelikt.

Fraglich ist, ob die **Unzumutbarkeit rechtmässigen Verhaltens** beim UD eine weitere Anerkennung verdient als beim Begehungsdelikt. Die Erfüllung der Handlungspflicht kann vom Verpflichteten erhebliche eigene Interessen tangieren oder gefährden. Wer einen anderen aus Lebensgefahr retten soll, muss ev. sein eigenes Leben aufs Spiel setzen. Art. 128 (Unterlassung der Nothilfe) verpflichtet nur denjenigen, dem es „den Umständen nach zugemutet werden kann“. Dies kann als Ausdruck eines auch beim unechten Unterlassungsdelikt geltenden Grundsatzes verstanden werden. Bei der Zumutbarkeit ist deshalb ein liberalerer Massstab anzuwenden als beim Begehungsdelikt.

§ 16 Das fahrlässige Handlungsdelikt

A Die Elemente des fahrlässigen Handlungsdeliktes

I Die Tatbestandsmässigkeit

Obwohl auch das FD eine Aussen- und eine Innenseite aufweist, ist die Aufteilung in objektiven und subjektivem Tatbestand hier nicht sinnvoll. Der Wille des Fahrlässigkeitstäters richtet sich nicht auf den strafrechtlich relevanten Erfolg. Das Unrecht ergibt sich aus dem Vergleich mit dem tatsächlich gebotenen Handeln. Der Kern des FD ist die pflichtwidrige Unvorsichtigkeit.

1. Der Kreis möglicher Täter

Grundsätzlich kann jedermann Täter eines FD sein. Jedoch sind auch Sonderdelikte denkbar, z.B. die fahrlässige Urkundenfälschung durch Beamte (317). Dieses ist gleichzeitig eines der seltenen fahrlässigen Tätigkeitsdelikte (siehe unten).

2. Die Tathandlung

a) Tätigkeitsdelikte

Fahrlässige Tätigkeitsdelikte sind selten (s.o.). Die Fahrlässigkeit liegt nicht in der fahrlässigen Vornahme einer Handlung, sondern darin, dass diese Urkunde nicht unter sorgfältiger Prüfung der Wahrheit erstellt wurde. Über die Strafbarkeit entscheidet also die Frage, welches Mass an Sorgfalt hier gefordert wäre. Gemäss Gesetz hängt dies von den „Umständen“ und den „persönlichen Verhältnissen“ ab, was einer Konkretisierung durch die Praxis bedarf.

b) Erfolgsdelikte

Bei den Erfolgsdelikten besteht das verbotene Verhalten in der fahrlässigen Verursachung des Erfolges.

aa) Kausalität

Es gelten die gleichen Regeln wie beim Vorsatzdelikt. Die Kausalität ist dort gegeben, wo die vom Täter geschaffene oder erhöhte Gefahr in den Erfolg umgeschlagen hat. Gemäss BGer ist auch hier nicht nur die natürliche sondern auch die adäquate Kausalität zu prüfen.

bb) Pflichtwidrige Unvorsichtigkeit

Früher wurde die Fahrlässigkeit als eine Frage der Schuld betrachtet. Bei einem FD gehörte demnach zur Tatbestandsmässigkeit nur die Verursachung des Erfolges. Dadurch ergab sich eine unhaltbare Ausdehnung. Wer als Vortrittsberechtigter über eine Kreuzung fährt und nicht so weit abbremst, als dass er eine Kollision mit einem nicht Vortrittsberechtigten vermeidet, ris-

kiert eine Kollision. Wollte man solches Verhalten als tatbestandsmässig bezeichnen, würde man es faktisch verbieten, und das stünde im Widerspruch zum Vortrittsrecht selber. Es handelt sich jedoch um ein erlaubtes Risiko.

(1) Individualisierte Sorgfaltspflicht?

Die neuere Doktrin hat daraus die Konsequenz gezogen und die Sorgfaltspflicht dem Tatbestand zugeordnet. Auch die an sich vorhersehbare Herbeiführung eines Unfalles ist damit kein strafrechtliches Unrecht, wenn der Täter die ihm obliegende Sorgfalt angewendet hat, d.h. kein unerlaubtes Risiko geschaffen hat. Nach der alten Doktrin wäre Unrecht entstanden, der Täter erst auf Stufe Schuld exkulpiert worden.

Unbestritten ist, dass ein Fahrlässigkeitsvorwurf nur dann gemacht werden kann, wenn der Täter nach seinen individuellen Fähigkeiten auch in der Lage gewesen wäre, sorgfältiger zu handeln. Die deutsche Doktrin nimmt einen generellen Massstab: Geboten sein soll diejenige Sorgfalt, die ein einsichtiger und besonnener Mensch in der Lage des Täters aufgebracht hätte. Rechtswidrig handelt, wer das objektive Mass an Sorgfalt nicht aufbringt.

Die schweizerische Doktrin nimmt eine andere Haltung ein: Wer dank seiner Anlagen, seiner Bildung oder Erfahrung in der Lage ist, mit grösserer Sorgfalt vorzugehen, soll auch verpflichtet sein, diese Sorgfalt anzuwenden. Die Individualisierung darf aber nur mit Blick auf die Fähigkeiten erfolgen und nicht auf die persönliche Einstellung: Der besonders Gewissenhafte muss nicht sorgfältiger sein als der Leichtsinige.

(2) Kriterien der gebotenen Sorgfalt

(a) Individuelle Voraussehbarkeit des Erfolgs

Das strafrechtliche Verbot kann nicht weiter reichen, als die menschliche Fähigkeit, Geschehensabläufe zu beherrschen. Vorsichtspflichten bestehen deshalb nur dort, wo der Erfolgseintritt voraussehbar war. Auch hier gilt die adäquate Kausalität: („nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet, einen Erfolg in der Art des eingetretenen herbeizuführen“).

(b) Individuelle Vermeidbarkeit des Erfolges

Nicht jeder vorhersehbare Erfolg ist auch vermeidbar. Versagen an einem Auto die Bremsen, so kann sich auch ein vorhersehbarer Unfall (Erfolg) nicht mehr vermeiden lassen. Ein Vorwurf ist dem Fahrer nur zu machen, wenn er die konkrete Fähigkeit besessen hätte, den Unfall zu vermeiden.

Wer nicht fähig ist, eine Tätigkeit mit der gebotenen Sorgfaltspflicht auszuführen, darf sie auch nicht ausüben. Tut er es trotzdem und es geht schief, liegt ein **Übernahmeverschulden** vor. Dem Täter wird nicht eine Sorgfaltspflichtverletzung vorgeworfen, sondern vielmehr die Übernahme einer Handlung, der er nicht gewachsen war. Voraussetzung ist aber, dass der Täter befähigt war, seine mangelnde Qualifikation zu erkennen. Der aus Altersgründen überforderte Automobilist muss also für eine Tatbestandsmässigkeit das Nachlassen seiner Reaktionsfähigkeit erkennen können. Fehlt diese Einsicht, liegt kein strafrechtlich relevanter Sorgfaltsmangel vor.

(c) Schaffung eines unerlaubten Risikos

Bei manchen sozial erwünschten Verhaltensweisen ist eine Gefährdung eines Rechtsgutes nicht auszuschliessen. Daher ist nicht jedes riskante Verhalten unerlaubt. Von pflichtwidriger Unvorsichtigkeit kann erst ausgegangen werden, wenn Rechtsgüter einer über das erlaubte Mass hinausgehenden Gefahr ausgesetzt werden. Die Vielzahl von BGE in diesem Zusammenhang macht allerdings deutlich, dass sich nicht allgemein sondern nur auf einen konkreten Fall bezogen sagen lässt, was vorzukehren ist um ein unerlaubtes Risiko auszuschliessen. Vorschriften oder Richtlinien (z.B. FIS-Regeln) dienen, obwohl nicht rechtsverbindlich, als Anhaltspunkt, oft auch für die Gerichte. Allerdings ist nicht jede dieser Regelverletzungen auch eine strafrechtliche und nicht jeder der sich regelkonform verhält ist vor strafrechtlicher Verfolgung geschützt.

(cc) Risikozusammenhang

Der Eintritt des Erfolges muss die Auswirkung jener Gefahr sein, die der Täter geschaffen hat (Risikozusammenhang).

3. Bewusste/Unbewusste Fahrlässigkeit

Die Umschreibung von Art. 12 Abs. 3 weist darauf hin, dass die Fahrlässigkeit zwei Formen haben kann. Wenn der Täter die Folge seines Handelns „nicht bedenkt“, handelt er unbewusst fahrlässig. Möglich ist auch, dass er die Gefahren zwar kennt, sich über sie aber hinwegsetzt, auf sie nicht Rücksicht nimmt, sondern leichtsinnig darauf vertraut, dass der Erfolg schon ausbleiben werde. Dann liegt bewusste Fahrlässigkeit vor. Die Grenze zum Vorsatz wird dann überschritten, wenn der Täter den Erfolg in Kauf nimmt. Die Rechtsfolgen von bewusster und unbewusster Fahrlässigkeit sind identisch.

II Die Rechtswidrigkeit

Wie beim Vorsatzdelikt sind auf Stufe RW allfällige unrechtsausschliessende Rechtfertigungsgründe zu prüfen. In zweierlei Hinsicht ergeben sich Abweichungen zum Vorsatzdelikt:

Durch den geringeren Unrechtsgehalt der Fahrlässigkeitsdelikte kommt eine Rechtfertigung in weiterem Umfang in Betracht.

III Die Schuld

1. Erfordernisse

Grundsätzlich ergibt sich kein Unterschied zum Vorsatzdelikt. Die Schuldfähigkeit umfasst die Fähigkeit zur Einsicht in das Unrecht und sich durch diese Einsicht bestimmen lassen. Identisch zum Vorsatzdelikt ist auch die geforderte Verbotskenntnis. Bei der Zumutbarkeit werden bei FL-Delikten weniger strenge Anforderungen gestellt. Aufgrund des geringeren Unrechtsgehaltes ist es eher verzeihlich, wenn der Täter im Konfliktfall dem ihm näher stehenden Interesse den Vorzug gibt.

B Fahrlässigkeit und Erfolg

Die Strafbarkeit eines Fahrlässigkeitsdeliktes setzt immer die Vollendung voraus. Es gibt bei fahrlässigem Handeln keinen Versuch, da der Verwirklichungswille, der Plan fehlt. Eine nicht vollendete folgenlose Fahrlässigkeitstat, bei der kein Erfolg eingetreten ist, ist straflos. Eine

Ausnahme davon sind abstrakte Gefährdungsdelikte, v.a. im SVG, wie etwa das Überfahren einer Sicherheitslinie.

C Fahrlässige Deliktsbeteiligung

Auch beim Fahrlässigkeitsdelikte ist mitwirkendes Verhalten anderer Personen denkbar.

I Abgrenzung der Verantwortungsbereiche

Inwieweit eine unvorsätzliche Mitwirkung an strafbarem Verhalten anderer als Fahrlässigkeitsdelikt anzusehen ist, bedeutet eine der schwierigsten Fragen der strafrechtlichen Zurechnung.

1. Der Vertrauensgrundsatz

Der Vertrauensgrundsatz besagt gemäss BGer, dass jeder Strassenbenützer, der sich selbst verkehrsgemäss verhält, darauf vertrauen kann, dass die anderen Verkehrsteilnehmer sich ebenfalls ordnungsgemäss verhalten, ihn also nicht behindern oder gefährden. Dieser im SVG häufig angewandte Grundsatz gilt aber in allen Lebensbereichen, wo sich Verhalten mehrerer Personen überschneiden.

Ohne diesen Grundsatz wären zahlreiche sozial erwünschte Verhaltensweisen nicht oder nur schwierig durchführbar, wenn man ständig auf jedes erdenkliche Fehlverhalten anderer gefasst sein müsste (arbeitsteilige Produktionsprozesse, komplizierte chirurgische Eingriffe). Eine Einschränkung erfährt der Vertrauensgrundsatz dort, wo konkrete Anzeichen bestehen, dass ein anderer sich gefährlich verhält. Erhöhte Vorsicht ist auch ohne Anzeichen gegenüber dem Verhalten von Kindern oder älteren Menschen geboten. Der Vertrauensgrundsatz kann natürlich dort nicht gelten, wo eine Sorgfaltspflicht gerade auf die Beaufsichtigung von Kindern, Gebrechlichen etc ausgerichtet ist (Au-pair Mädchen).

2. Fahrlässige Mitwirkung am Vorsatzdelikt

Die Abgrenzung, die im Vertrauensgrundsatz zum Ausdruck kommt, wirkt sich auch auf die fahrlässige Beteiligung am Vorsatzdelikt aus. Nicht jede Handlung, von der denkbar ist, dass sie einen anderen zur Begehung einer Straftat veranlasst, sie erleichtert oder ermöglicht, kann verboten sein. Sonst wäre der Verkauf einer Waffe, eines Giftes niemals zulässig. Eine Haftung kann aber dann nicht ausgeschlossen werden, wenn der Waffenkäufer erklärt, „ein Ding drehen zu wollen“. Es ist also zwischen der straflosen und der strafbaren fahrlässigen Mitwirkung an einer fremden Vorsatztat zu unterscheiden. Zu Ersterem zählen zweifellos Alltagshandlungen, generell ist die Unterscheidung aber schwierig.

II Täterschaft und Teilnahme am Fahrlässigkeitsdelikt

§ 13 Täterschaft und Teilnahme

III Unternehmensehaftung (N. 179 zu § 13)

1. Insbesondere anglo-amerikanische Länder kennen die strafrechtliche Verbandshaftung seit langem. In der Schweiz hat sich die Strafbarkeit juristischer Personen erstmals in den 80er Jahren des letzten Jahrhunderts gestellt, als es um den Tatbestand der Geldwäscherei ging. Die damaligen Revisionsvorschläge waren aber damals in der Vernehmlassung derart umstritten,

dass sie zurückgezogen wurden. Die aktuelle Fassung, i.K. seit 1.1.2003, von Art. 100 wird von der Doktrin als Minimallösung ohne praktische Bedeutung kritisiert.

2. Ein Unternehmen kann mit einer Busse bis 5 Mio. CHF belegt werden, wenn in Ausübung geschäftlicher Verrichtungen im Rahmen des Unternehmenszweckes ein **Verbrechen oder Vergehen** verübt wird und diese Tat **wegen mangelhafter Organisation** des Unternehmens keiner natürlichen Person zugeordnet werden kann (Art. 102 Abs. 1). Bei bestimmten Delikten (Geldwäscherei, Bestechung) kann diese Haftung **unabhängig von der Strafbarkeit natürlicher Personen** eintreten, nämlich dann, wenn dem Unternehmen vorzuwerfen ist, dass **nicht alle erforderlichen und zumutbaren Vorkehrungen** getroffen wurden, um eine solche Straftat zu verhindern (Abs. 2).

a) Als Unternehmen im Sinne dieser Norm gemeint sind jur. P. des Privatrechtes und jur. P. des öffentlichen Rechtes mit Ausnahme der Gebietskörperschaften, Gesellschaften und Einzelfirmen, ist also praktisch Deckungsgleich mit der Organhaftung.

b) Die näheren Voraussetzungen für die Unternehmenshaftung sind die Folgenden:

aa) Verbrechen oder Vergehen. Auf **Übertretungen ist Art. 102 nicht anwendbar (Art. 105)**. Die Straftat (Verbrechen oder Vergehen) muss in Ausübung geschäftlicher Verrichtung **im Rahmen des Unternehmenszweckes** verübt worden sein. Es braucht also einen inneren Zusammenhang zwischen der Tätigkeit des Unternehmens und dem Delikt. **Verschulden einer Einzelperson** ist nicht erforderlich, wohl aber Vorsatz oder Fahrlässigkeit. Wie aber Vorsatz oder Fahrlässigkeit festgestellt werden soll, wenn die Tat keiner bestimmten Person zugerechnet werden kann, bleibt im Dunkeln (Problematik der subsidiär-individuellen Verantwortlichkeit)

Zwischen der Tätigkeit des Unternehmens und dem deliktischen Verhalten, für das es einzustehen hat, soll ein innerer Zusammenhang bestehen. Deshalb gilt die dreifache Einschränkung, dass die Straftat von jemandem **in** einem Unternehmen, **in** Ausübung geschäftlicher Verrichtung **im** Rahmen des Unternehmenszweckes verübt wurde. Gerade letzteres (Unternehmenszweck) macht die Grenzziehung schwierig, je nach dem wie man diesen Zweck formuliert. Genügt es, dass ein ökonomischer Nutzen gegeben ist, damit etwas im Unternehmenszweck liegt? Liegt Geldwäscherei im Rahmen eines Unternehmenszweckes einer Bank?

bb) Bei der Frage, unter welchen Voraussetzungen eine Straftat dem Unternehmen zuzurechnen ist, unterscheidet das Gesetz zwei Konstellationen:

(1) Nach Abs. 1 geschieht dies dann, wenn die Tat wegen mangelhafter Organisation des Unternehmens keiner bestimmten natürlichen Person zugerechnet werden kann. Dies kann sein, weil der strafrechtlich relevante Vorgang kein Verantwortlicher ermittelt werden kann, weil in einem Grossbetrieb eine Vielzahl von Urhebern in Frage kommen können oder weil das Geschehene das Resultat des Zusammenwirkens einer grosser Anzahl Mitwirkender war oder weil niemand Instruktions- oder Kontrollpflichten wahrgenommen hat.

Unbefriedigend ist diese Regelung dahingehend, als weil die Organisationsmängel nicht ursächlich sind für das Delikt sondern nur dessen Zurechnung an eine natürliche Person verhindern. Niemand vermag jedoch bisher zu sagen, wie eine Organisation beschaffen sein muss, um jederzeit die Feststellung zu erlauben, wem ein bestimmtes Delikt anzurechnen ist. Die Formel von Abs. 1 versagt auch dann, wenn zwar die Organisation in Ordnung wäre, der Vorgang aber solange zurück liegt, dass niemand mehr weiss, wer daran beteiligt war oder niemand mehr der Beteiligten im Unternehmen ist. Die Bestimmung verleitet Unternehmen auch dazu, einen für alle denkbaren Risiken zuständigen „Sicherheitsbeauftragten“¹³ zu bestimmen,

¹³ ACKERMANN spricht vom „Sitzdirektor“ in 4.1.2 S. 53

der dann (gegen entsprechende Risikoprämie) auch das strafrechtliche Risiko zu tragen hätte. Oft wird sich, als letztes Glied einer langen Kette, eine (beliebig austauschbare) natürliche Person „finden“ lassen, die dann das Risiko zu tragen hat und deren Bestrafung dann in keinem Verhältnis mehr zu ihrem persönlichen Verschulden steht.

(2) Ausnahmsweise haftet das Unternehmen unabhängig von der Strafbarkeit natürlicher Personen dann, wenn ein Delikt aus dem Katalog¹⁴ von Abs. 2 in Frage steht, und dem Unternehmen vorzuwerfen ist, dass es nicht alle erforderlichen und zumutbaren organisatorischen Vorkehrungen getroffen hat, um eine solche Straftat zu verhindern. Offen bleibt, welche organisatorischen Vorkehrungen erforderlich oder zumutbar wären, um ein solches „Organisationsverschulden“ zu verhindern.

c) Die Strafsanktion ist, anders als der VE von 1991, der auch noch die Auflösung von Unternehmen vorsah, als Strafe einzig noch die Busse bis 5 Mio vor. Das Gesetz nennt als Strafzumessungsgründe die Schwere der Tat, die Schwere des Organisationsmangels und des angerichteten Schadens sowie die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit.

3. Das Gesetz regelt ferner die Frage der Vertretung des Unternehmens im Strafverfahren. Dem Vertreter kommen die gleichen Rechte und Pflichten wie einem Beschuldigten zu.

¹⁴ STRATENWERTH bezeichnet den Deliktskatalog von Abs. 2 als von tagspolitischen Prioritäten geprägt. Umweltdelikte und Verstöße gegen Kriegsmaterialgesetz würden unberechtigterweise nicht geahndet.