

Trechsel / Pieth (Hrsg.)

Schweizerisches Strafbuch

Praxiskommentar

2. Auflage

 **DIKE**

tum freigesprochen werden (vgl. Art. 21 N 10). BJM 1988 211 billigt Straf-milderung zu. Vorbehaltlos für die Gleichstellung von Gesetz und Praxis zum Vorteil des Verfolgten plädieren GRAF (478 ff.) und PROBST (721).

- 20 Das **Bestimmtheitsgebot** (*lex stricta* bzw. *certa*) fordert als notwendige Ergänzung zu *n.p.s.l. de lege ferenda* eine präzise Umschreibung der Tatbestände. *Blankettstrafnormen* in Verbindung mit blankettausfüllenden Normen genügen (BGer 6B_15/2012 E. 4.1, 6B_385/2008 E. 3.3.2, 6S.135/2007 E. 3.5–6); z.B. UWG 23, der auf zivilrechtliche Tatbestandskataloge verweist und dabei die zivilrechtliche *Generalklausel* (UWG 2) auslässt (s. auch BGE 122 IV 35). Das Bestimmtheitsgebot ist im StGB unterschiedlich verwirklicht. Bei geringeren Strafdrohungen reduzieren sich die Anforderungen an das Bestimmtheitsgebot (BGer 6B_193/2011 E. 1). Eine Kontrolle eidgenössischer Gesetze verhindert BV 191 (s. aber BGE 53 I 71, u.ö. Urteil der Cour de Cassation Genève vom 28.6.1988 Nr. 69 i.S. L. D.). Blankettstrafbestimmungen hielt das BGer 1927 noch für zulässig, das Genfer Gericht nicht mehr. Hinreichend bestimmt finden: BGE 119 IV 244 den Tatbestand von Art. 305^{bis}; BGE 117 Ia 489 das Vermummungsverbot gem. § 40 IV des basel-städtischen Übertretungsstrafgesetzes; BGer 6S.75/2005 BZG 68 I lit. a «... wer vorsätzlich ... sich auf andere Weise der Schutzdienstleistung entzieht»; BGer 6B_31/2012 E. 5.2 das Bettelverbot gem. Art. 1 des «Règlement genevois sur le vagabondage et la mendicité». POPP/LEVANTE (BSK Art. 1 N 36) messen dem Bestimmtheitsgebot eine geringe praktische Bedeutung bei; die Gerichtspraxis scheint dies zu bestätigen. Es ist aber zu fordern, dass der Gesetzgeber sich bei Strafbestimmungen davon leiten lässt.
- 21 Zum **Rückwirkungsverbot** «*lex praevia*» s. Art. 2.
- 22 Die *crux* von Art. 1 liegt im Wort «**ausdrücklich**». Vereinzelt wurde daraus der Schluss gezogen, dass die Auslegung des Strafrechts zugunsten des Verfolgten an den **Wortlaut** gebunden sei (GRABHERR 60 f., SCHWANDER Nr. 114, WOLFFERS a.a.O.). Die h.L. lehnt diese These ab (GERMANN Kommentar N 6/3, 10, HAFTER 136, JOST 361, MAHSOUB 70, STRATENWERTH AT I § 4 N 30, STRATENWERTH/WOHLERS Art. 1 N 9, WAIBLINGER SJK 4 f., eingehend DERS. ZBJV 235 ff.). DONATSCH/TAG (I 34 ff.) und SCHULTZ (I 93) halten wenigstens grundsätzlich an der Begrenzungsfunktion des Wortlauts fest.
- 23 Die **bundesgerichtliche Praxis** entspricht der h.L. BGE 95 IV 72 f. (m.w.Hinw.) überprüfte ein Urteil, welches wegen Gebrauchs eines von einem Dritten gefälschten Ausweises auch denjenigen bestrafte, der den Ausweis (möglicherweise ohne die Absicht täuschenden Gebrauchs) selber gefälscht hatte: «Damit ist [das Obergericht] über den Wortlaut dieser Bestimmung hinausgegangen... Das heisst indessen nicht notwendig, dass die

Vorinstanz entgegen Art. 1 auch über das Gesetz hinaus gegangen sei. Der Gesetzestext ist Ausgangspunkt der Gesetzesanwendung. Selbst der klare Wortlaut bedarf aber der Auslegung, wenn er vernünftigerweise nicht der wirkliche Sinn des Gesetzes sein kann. Massgeblich ist nicht der Buchstabe des Gesetzes, sondern dessen Sinn, der sich namentlich aus den ihm zugrunde liegenden Zwecken und Wertungen ergibt, im Wortlaut jedoch unvollkommen ausgedrückt sein kann. Sinngemässe Auslegung kann auch zu Lasten des Angeklagten vom Wortlaut abweichen. Der Grundsatz «keine Strafe ohne Gesetz» verbietet bloss, im Gesetz fehlende Wertungen zugrunde zu legen, also neue Straftatbestände zu schaffen oder bestehende derart zu erweitern, dass die Auslegung durch den Sinn des Gesetzes nicht mehr gedeckt ist» (bestätigt in BGE 128 IV 274 [angetrunkener Fahrlehrer], 127 IV 200 [Nötigung zur Vornahme sexueller Handlungen, Art. 189], 118 Ib 555, 116 IV 136, 111 IV 122, 103 IV 129). Die Weite und Unbestimmtheit dieser Formulierung ist unbefriedigend; Art. 1 ist weitgehend wirkungslos, wenn der Zielsetzung des Gesetzes ein so starkes Übergewicht zugestanden wird. Mit dem Grundsatz *n.c.s.l. scripta* ist dies schwerlich vereinbar. Es ist eben gerade Aufgabe des Gesetzgebers, die dem Gesetz zugrunde liegenden Wertungen in Tatbestände zu giessen, welche die Bestrafungsmacht des Richters eingrenzen. Es ist kein weiter Weg von der Bestrafung nach den Wertungen des Gesetzes hin zur Berücksichtigung des sogenannten gesunden Volksempfindens. Vor der Gefahr für die Rechtsstaatlichkeit bei solch allzu nachlässigem Umgang mit dem Wortlaut wird gewarnt (NOLL 261 f., STRATENWERTH AT I § 4 N 30, WAIBLINGER ZBJV 236) – nicht ohne Grund, wie BGE, 116 IV 136, 111 IV 119 ff. und 87 IV 117 ff. (Nehmad) zeigen. Diese Urteile passten das Gesetz geänderten technischen und wirtschaftlichen Verhältnissen an: BGE 111 IV 119 behandelte elektronische Datenträger als Urkunden, BGE 87 IV 117 ff. subsumierte für aArt. 141 Forderungen unter dem Begriff «Sache». Die Revision vom 17.6.1994 hat das Gesetz entsprechend geändert. Eine Wende zur strengeren Beachtung des Wortlauts scheint BGE 131 IV 16 (Art. 141^{bis} bei Mitwirkung des Täters) einzuleiten: «Ungereimtheiten in der gesetzlichen Regelung [können] nicht dazu führen, dass die Strafbestimmung gegen ihren klaren Wortlaut ausgelegt wird». Die heute erhöhte Bereitschaft des Gesetzgebers, auf solche Impulse der Praxis zu reagieren, vermindert das Bedürfnis, durch Überdehnung des Wortsinns korrigierend einzugreifen (POPP/LEVANTE BSK Art. 1 N 29).

Im Zusammenhang mit Art. 1 wird auch vom «**Analogieverbot**» im Strafrecht gesprochen. Damit ist nur gemeint, dass der Richter nicht mittels Analogie neue Straftatbestände schaffen darf. Im Übrigen gelten für das Strafrecht jedoch die allgemeinen Auslegungsregeln, auf die Denkform der Analogie kann dabei nicht verzichtet werden (BGE 116 IV 139, 117 IV

24

398 f., s. ferner z.B. GERMANN ZStrR 61 [1946] 119 ff., GRAVEN RSCDPC 9 [1954] 653 ff., HAFTER 138, JOST a.a.O., KILLIAS N 809, POPP/LEVANTE BSK Art. 1 N 22, WAIBLINGER SJK 6, DERS. ZBJV 254 ff.; im Ergebnis gleich die Praxis des EGMR, CABRAL BARRETO 15; restriktiv SEELMANN 28 f.). NIGGLI (AJP 2 [1993] 168) will Hinweise auf die äusserste Grenze des Wortlauts in Anlehnung an die biologische Terminologie gewinnen, indem er der verbotenen Analogie (rein funktionale Ähnlichkeit, z.B. Forderung und Wertsache, Kreuzung und Einmündung) die erlaubte Homologie (strukturelle, stammesgeschichtliche Ähnlichkeit, z.B. Fuhrwerk und Kraftfahrzeug) gegenüberstellt; die von NIGGLI angefügten Beispiele lassen nicht erwarten, dass diese Methode erheblich zur Klärung von Zweifelsfällen beitragen wird.

- 25 Für die **Auslegungsregeln** – namentlich die grammatikalische (Wortsinn), die systematische (Stellung in der Rechtsordnung), die historische (Materialien) und die oft in den Vordergrund gestellte teleologische (geschütztes Rechtsgut, Sinn) Betrachtung – muss auf die allgemeine methodologische Literatur verwiesen werden; eine starre Hierarchie unter den Methoden ist abzulehnen (BGE 124 IV 109, DONATSCH/TAG I 34 ff., POPP/LEVANTE BSK Art. 1 N 25 ff., RIKLIN AT I § 3 N 22 ff., STRATENWERTH AT I § 4 N 31 ff. mit Hinw. auf: GERMANN Kommentar N 8/1, GRAVEN AT 36 ff., 43 ff., HURTADO POZO AT I N 151 ff., KILLIAS N 811 ff., KRAMER a.a.O.).
- 26 Die **Bedeutung der Methode** für die Rechtsfindung sollte allerdings nicht überschätzt werden, zumal in der Praxis eine Tendenz zu beobachten ist, wonach zunächst ein Vorentscheid zugunsten des erwünschten Resultats fällt und anschliessend erst eine überzeugende Begründung dafür gesucht wird (vgl. POPP/LEVANTE BSK Art. 1 N 24, TRECHSEL/NOLL 51). Mit Recht lehnt STRATENWERTH (AT I § 4 N 35) eine Kritik dieses Befundes ab. Es ist ausreichend, wenn der Richter bereit ist, vom vorgewählten Ergebnis abzurücken, wenn es sich nicht methodologisch sauber und überzeugend begründen lässt.
- 27 **Kasuistik:** *n.p.s.l.* wird *verletzt* durch: den Erlass eines Verbots von Besitzstörungen an einer öffentlichen Sache im Gemeingebrauch gestützt auf aEG ZGB/BE 118, heute ZPO 258 (BGer 6B_116/2011 E. 3); Würdigung eines objektiv nicht zur Verletzung von Menschen bestimmten Gegenstandes als Waffe i.S.v. Art. 140.2 (BGer 6B_543/2010 E. 2.4, 6B_756/2010 E. 3.2.2, BGE 129 IV 348 E. 2.3 f.); die Ausweitung der ausdrücklich auf Bahnstrecken mit der Pflicht, den Fahrausweis selbst zu entwerfen, beschränkte Strafbestimmung von PBG 57 I.a auf weitere Bahnstrecken (BGE 137 IV 99, krit. GIOVANNONE-HOFMANN *forum poenale* [2011] 294 ff.); Abstellen auf den Erfolg gegen Art. 98, wonach die Tathandlung die Verjährungsfrist auslöst (BGE 134 IV 297 E. 4.3, Asbestopfer); – *nicht verletzt* durch: Würdigung

der Unterlassung der Personenmeldung durch einen Hotelier als Erleichterung des rechtswidrigen Aufenthalts i.S.v. AuG 116 I.a (BGer 6B_841/2010 E. 3–4, 6B_584/2010 E. 4); Bestrafung des blossen Streunens lassens eines Hundes ohne Nachweis einer konkreten Gebietsverletzung gemäss einer Bestimmung, wonach der Halter für das Fernbleiben seines Hundes von bestimmten Orten sorgen müsse (BGer 6B_896/2010); Ausweitung des nur die Duldung erwähnenden Art. 189 auf die Nötigung zur Vornahme sexueller Handlungen (BGE 127 IV 198); die Erfassung der Durchführung von Taxifahrten ohne Bewilligung gestützt auf eine Taxiverordnung, die nur das Anbieten von Taxifahrten beschreibt (OGer LU Nr. 21 08 127 vom 29.10.2008).

2. Zeitlicher Geltungsbereich

VE 1893 Art. 4, Mot. 15 f. VE 1894 Art. 4. 1. ExpK I 38 f., II 366 f. VE 1908 Art. 2. Erl. Z. 20. 2. ExpK I 15 ff., 279. VE 1916 Art. 2E, Art. 2. Sten.Bull. N 71 ff., StR 55 f.

Art. 2

¹ Nach diesem Gesetze wird beurteilt, wer nach dessen Inkrafttreten ein Verbrechen oder ein 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.

Nur sprachlich verändert durch BG vom 13.12.2002.

ANDREAS AUER (Hrsg.), *Aux confins du droit*: FS Morand, Basel/Genf 2001; MARCEL BERTSCH, Zur Anwendbarkeit der *lex mitior* bei Verweisungen auf das Verwaltungsrecht, in Jürg-Beat Ackermann, Strafrecht als Herausforderung, Zürich 1999 125; PETER HALTER, Das zeitliche Geltungsgebiet des Schweizerischen Strafgesetzbuchs, Luzern 1942; LAURENT MOREILLON/JEAN GAUTHIER, *L'application dans le temps de la novelle du 17 juin 1994*, ZStrR 113 (1995) 369; RUDOLF MONTANARI, Der neue AT StGB – erste Erfahrungen in der Praxis, Jusletter 19. Mai 2008; ALFRED VON OVERBECK, Die zeitliche Geltung des Schweizerischen Strafgesetzbuchs und die Behandlung der Übergangsfälle, ZStrR 56 (1942) 353; DERS., *La loi pénale et son application, spécialement quant au temps et au lieu*, in DERS., *Le nouveau droit pénal suisse*, Fribourg 1942; FRANZ RIKLIN, Revision der Allgemeinen Teile des Strafgesetzbuchs: Fragen des Übergangsrechts, AJP 15 (2006), 1471; HANS SCHULTZ, Zeitliche Geltung des Strafgesetzes, SJK 1203; **Lit.** zu Art. 1.