

01.12.2020

Bernhard Madörin

Steuer- und Treuhandexperte
Zugelassener Revisionsexperte RAB
Zugelassener Versicherungsvermittler
FINMA

Die Bewährungsfrist als ununterbrechbare Verwirkungsfrist

Sehr geehrte Damen und Herren

Die Bewährungsfrist als Verwirkungsfrist steht nie still und ist abgelaufen!

Die aktuelle Praxis besteht darin, im Falle von Rechtsmittelverfahren die Bewährungsfrist als unterbrochen zu verstehen. Die Rechtsfrage, ob eine Bewährungsfrist durch ein Rechtsmittelverfahren unterbrochen wird, stellt sich für die Schweiz, für Europa und damit für den Anwendungsbereich der EMRK und die Welt, infolge des Rückwirkungsverbots stipuliert im UNO Pakt II für alle Bewährungsfristen.

Dargestellt wird dies hier mit einer zweijährigen Bewährungsfrist nach Strafgesetzbuch als Beispiel. Die Ausführungen gelten für alle Bewährungsfristen mit Sanktionsandrohungen des öffentlichen Rechts, vom bedingten Fahrausweisentzug bis zum bedingten Strafvollzug.

Die Rechtslage in der Schweiz

Das Bundesgericht erinnerte das Obergericht ZH daran, dass die Probezeit durch kassierende Urteile des Bundesgerichts nicht unterbrochen wird (BGer 6B_306/2020 vom 27.08.2020): „Das erste vorinstanzliche Urteil wurde am 21. September 2017 ausgefällt und dem Beschwerdeführer gleichentags mündlich eröffnet (...). Ab diesem Zeitpunkt bis zur Zustellung des das vorinstanzliche Urteil vom 21. September 2017 aufhebenden bundesgerichtlichen Urteils am 29. Januar 2019 (...) stand der Beschwerdeführer unter Probe. Diese Probezeit hätte die Vorinstanz auf die in ihrem zweiten Urteil vom 10. Dezember 2019 festgesetzte Probezeit anrechnen müssen (vgl. E. 3.3.1 hiervor). Indem die Vorinstanz die Probezeit auf zwei Jahre festsetzt, ohne die bereits erstandene Probezeit des Beschwerdeführers zu berücksichtigen bzw. sich zu dieser zu äussern, verletzt sie Bundesrecht. Die Sache ist daher zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Diese wird neben der erstandenen Probezeit vom 21. September 2017 bis zum 29. Januar 2019 bei dessen Bewährung auch die Zeit zwischen der Eröffnung ihres zweiten Urteils vom 10. Dezember 2019 und der Mitteilung des vorliegenden Bundesgerichtsurteils als Probezeit anzurechnen haben. Diese Anrechnungen sind im Urteilsdispositiv ausdrücklich zu erwähnen (vgl. E. 3.3.1 hiervor) [E. 3.4].“

Zusätzlich ist durch diesen Rückweisungsentscheid des Bundesgerichts die Bewährungsfrist ohnehin abgelaufen. Es kann dem Beschwerdeführer nicht zum

Nachteil gereichen, dass er ein Rechtsmittel (Beschwerde) beim Bundesgericht erhoben hat. Ohne diese Beschwerde wäre die Bewährungsfrist früher abgelaufen, zwei Jahre seit dem zweitinstanzlichen Urteil.

Aufgrund der Beschwerde mit Entscheid zur Rückweisung wird der Beschwerdeführer nun schlechter gestellt, als wenn er keine Beschwerde erhoben hätte. Das kann nicht sein.

Die bisherige Praxis, dass die Bewährungsfrist durch das Ergreifen eines kantonalen Rechtsmittels unterbrochen wird, führt dazu, dass die Gewähr des Instanzenzuges vernichtet wird. Oder anders ausgedrückt, ab dem ersten Tag der Ergreifung eines kantonalen Rechtsmittels erfolgt eine antizipierte reformatio in peius für die gesamte Dauer des Berufungsverfahrens, welche unzulässig ist (Art. 391 Abs. 2 StPO), dazu passend 6B_391/2020. Bereits in BGE 142 IV 89 Erwägung 2.1 hielt das Bundesgericht zudem fest, dass die Verweigerung des bedingten Strafvollzugs durch die Rechtsmittelinstanz das Verschlechterungsverbot verletzt, selbst dann, wenn die Dauer der Strafe gesamthaft kürzer ausfällt. Umso mehr kann das Ergreifen eines Rechtsmittels die Dauer des bedingten Strafvollzugs nicht verlängern.

Liegen keine Straftaten in der Bewährungsfrist ab dem erstinstanzlichen Urteil vor, ist der Beschwerdeführer nun sofort infolge einer makellosen Konsumation seiner Bewährungsfrist frei zu sprechen. Anderenfalls müsste jeder Anwalt seinem Klienten empfehlen, bei bedingten Strafen keine Beschwerde erheben, da er mit Beschwerde schlechter gestellt ist als ohne, weil sich durch die Beschwerde die Bewährungsfrist verlängert. Rechtlich handelt es sich somit um eine nicht unterbrechbare Verwirkungsfrist.

Alle neuen Straftaten werden beurteilt, unabhängig davon, ob diese während einer Rechtsmittelfrist oder nicht begangen worden wären. Durch das Ergreifen von kantonalen Rechtsmitteln (Berufung) wird wohl die Rechtskraft des erstinstanzlichen Urteils aufgeschoben, die Bewährungsfrist wird jedoch als solche nicht davon berührt... Ansonsten würde man zur Logik gelangen, was nicht ernsthaft Sinn und Zweck des Gesetzes sein kann und auch nicht konsequent angewandt wird, dass Straftaten, begangen während einer kantonalen Rechtsmittelfrist mit Vollzugshemmung, nicht zum Vollzug einer bedingten Strafe führen und solche, welche während der ‚reinen‘ Ablaufdauer vor Bundesgericht ohne Vollzugshemmung schon.

Rückwirkungsverbot

Die Artikel 42 bis 46 Strafgesetzbuch sehen nicht vor, dass während einer Berufung oder einem anderen Rechtsmittel die Bewährungsfrist still steht oder verlängert wird und müsste gesetzlich statuiert sein, was nicht der Fall ist. Mit Unterbruch der Bewährungsfrist verletzt die bundesgerichtliche Praxis zusätzlich das Rückwirkungsverbot.

Die Rückwirkung zeigt sich darin, dass die mit dem erstinstanzlichen Strafgerichtsurteil angeordnete Bewährungsfrist von zwei Jahren rückwirkend verlängert wird. Damit wird der Instanzenweg eliminiert und die Frist gesetzeswidrig verlängert. Eine solche Praxis verstösst gegen einen weiteren grundlegenden Aspekt des Legalitätsprinzips, dem Rückwirkungsverbot. Das Rückwirkungsverbot ist nicht nur in Art. 7 EMRK sondern auch in Art. 15 Abs. 1 UNO-Pakt II verankert.

Neue Praxis notwendig

Somit drängt sich die Einführung einer neuen Praxis auf, welche im Einklang mit dem Gesetz steht.

Die derzeitige Betrachtungsweise der Bewährungsfrist aus dem Blickwinkel des Richters, der Gerichte und der Staatsanwaltschaft machen Strafbefehle und Urteile mit bedingten Strafen für das Justizsystem viel bequemer, da ein Ergreifen des Rechtsmittels nur zum Schaden des Täters ist. Daraus resultiert eine höhere Akzeptanz von Urteilen mit bedingten Strafen. Mit einer einmaligen Rückweisung des Bundesgerichtes kann dies leicht zu einer Verdoppelung führen, mit einer zweifachen Rückweisung zu einer Vervierfachung der Bewährungsfrist.

Die Neuqualifikation der Bewährungsfrist als nichtunterbrechbare Bewährungsfrist würde erstens dem Sinn und Zweck der Bewährung gerecht, nämlich Bewährung während der Bewährungsfrist und würde zweitens dazu führen, dass sämtliche Rechtsmittelverfahren mit bedingten Strafen nach Ablauf der Bewährungsfrist enden und eingestellt werden könnten und den Justizapparat entlasten. Die Praxis würde auch dem Verhältnismässigkeitsgebot Rechnung tragen.

Wird die bisherige Praxis weitergeführt, so wären die Gerichte anzuweisen, ihre Rechtsmittelbelehrung wie folgt anzupassen:

„Gegen diesen Entscheid kann innert dreissig Tagen(...). Wir weisen darauf hin, dass bei bedingten Strafen und Massnahmen sich die Bewährungsfrist für die Dauer des Verfahrens verlängert. Die Ausdehnung der Strafsanktion ist keine Massnahme der hier entscheidenden Behörde, sondern Praxis des Bundesgerichts.“

Der damit verbundene Rechtsnachteil bei Ergreifen eines Rechtsmittels würde damit dem Betroffenen eindeutig aufgezeigt.

Fazit

Die Rechtstatsache, dass die Verletzung von Auflagen und Bedingungen der bedingten Strafe, bzw. der Sanktion, während der Bewährungsfrist zu einer Neuurteilung führen, bleibt mit der vorgeschlagenen Praxis gleich, jedoch sind Handlungen nach Ablauf der Bewährungsfrist neu zu beurteilen. Und es gilt wirklich:

Bewährt ist bewährt, wann auch immer!

Mit freundlichen Grüssen

artax Fide Consult AG

Mitglied von Morison KSi

Gartenstrasse 95, Postfach, 4002 Basel
Tel: +41 61 225 66 66, Fax: +41 61 225 66 67
info@artax.ch, <https://www.artax.ch>