

Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft (LBR)

Herausgegeben von Jörg Schmid im Auftrag der  
Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Luzern

Band 137

**Fabienne Germanier**

# **Angehörigeninteressen in der Strafzumessung**

Schulthess § 2019

# Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis.....	XXXIII
Literaturverzeichnis.....	XXXIX
Materialienverzeichnis.....	LIII
<b>Einleitung</b> .....	1
I.    Problemaufriss .....	1
II.   Begrifflichkeiten und Eingrenzung .....	2
1.   Der Begriff der Nebenwirkungen.....	2
2.   Der Begriff der Angehörigen .....	3
<b>Teil 1    Zu den Nebenwirkungen von Strafen auf die Angehörigen</b> .....	7
1. Kapitel    Nebenwirkungen der unbedingten Freiheitsstrafe .....	7
I.    Überblick .....	7
II.   Wirkungen der unbedingten Freiheitsstrafe auf die Angehörigen im Normalvollzug .....	8
1.   Gestaltung des Normalvollzuges (Art. 77 StGB).....	8
A. Besuchsregelungen (Art. 84 Abs. 1 StGB).....	8
B. Urlaub zur Pflege der Beziehung (Art. 84 Abs. 6 StGB).....	10
C. Besonderheiten im Falle von schwangeren Gefangenen sowie inhaftierten Müttern mit Kleinkindern (Art. 80 StGB) ...	11
a. Abweichung von den Vollzugsregelungen (Abs. 1).....	12
b. Vollzug in einer «geeigneten Anstalt» (Art. 80 Abs. 2 StGB).....	13
2.   Wirkungen der unbedingten Freiheitsstrafe im Normalvollzug auf die Partner.....	14
A. Bemerkungen zum Forschungsstand.....	14
B. Verschiedene Problembereiche und ihre Intensität.....	16
C. Wirtschaftliche Folgen .....	19
D. Psychische Folgen.....	20
E. Soziale Folgen.....	21
3.   Wirkungen der unbedingten Freiheitsstrafe im Normalvollzug auf die Kinder .....	23
A. Unmittelbare Auswirkungen auf die Kinder.....	23
a. Wirtschaftliche Folgen .....	23

	b. Soziale Folgen .....	23
	c. Psychische Folgen .....	24
	d. Bewältigungsstrategien.....	26
	B. Freiheitsstrafe als Risikofaktor für späteres delinquentes Verhalten der Kinder Inhaftierter?.....	27
III.	Nebenwirkungen der unbedingten Freiheitsstrafe bei Vollzugslockerungen .....	30
	1. Ausgangslage.....	30
	2. Nebenwirkungen der Freiheitsstrafe im Arbeitsexternat (Art. 77a StGB).....	30
	A. Voraussetzungen und Gestaltung des Arbeitsexternates.....	30
	B. Wirkungen auf die Angehörigen .....	31
	3. Hausarbeit und Kinderbetreuung insbesondere (Art. 77a Abs. 2 StGB).....	32
	A. Voraussetzungen und Gestaltung.....	32
	B. Wirkungen auf die Angehörigen .....	32
	4. Nebenwirkungen der Freiheitsstrafe im Wohn- und Arbeitsexternat (Art. 77a Abs. 3 StGB) .....	33
	A. Voraussetzungen und Gestaltung des Wohn- und Arbeitsexternats .....	33
	B. Wirkungen auf die Angehörigen .....	33
IV.	Nebenwirkungen der unbedingten Freiheitsstrafe bei alternativen Vollzugsformen .....	34
	1. Ausgangslage.....	34
	2. Nebenwirkungen der Halbgefängenschaft (Art. 77b StGB) .....	34
	A. Voraussetzungen und Gestaltung.....	34
	B. Wirkungen auf die Angehörigen .....	35
	a. Bei Erwerbstätigkeit .....	35
	b. Bei Hausarbeit und Kinderbetreuung .....	35
	3. Nebenwirkungen der gemeinnützigen Arbeit (Art. 79a StGB).....	36
	A. Voraussetzungen und Gestaltung.....	36
	B. Wirkungen auf die Angehörigen .....	36
	4. Nebenwirkungen der elektronischen Überwachung (Art. 79b StGB) .....	37
	A. Voraussetzungen und Gestaltung.....	37
	B. Wirkungen auf die Angehörigen .....	39
	5. Gegenüberstellung der Nebenwirkungen der alternativen Vollzugsformen .....	40
V.	Überblick über die verschiedenen Nebenwirkungen der Freiheitsstrafe ....	41

2. Kapitel Nebenwirkungen der unbedingten Geldstrafe und Busse .....	43
I. Nebenwirkungen der Geldstrafe .....	43
1. Allgemeines .....	43
2. Wirkungen der unbedingten Geldstrafe auf die Angehörigen.....	43
A. Gesetzliche Vorkehrung zur Vermeidung von Auswirkungen der Geldstrafe auf Dritte.....	43
B. Tatsächliche Auswirkungen der Geldstrafe auf Dritte.....	43
C. Einfluss der Vollzugsmodalitäten auf die Strafwirkung .....	45
a. Festsetzung der Zahlungsfrist (Art. 35 Abs. 1 Satz 1 StGB).....	45
aa. Einfluss auf die Strafwirkung.....	45
bb. Grundsätze der Festsetzung der Zahlungsfrist .....	46
b. Gewährung von Zahlungserleichterungen (Art. 35 Abs. 1 Satz 2 StGB) .....	47
aa. Voraussetzung und Ausgestaltung der Zahlungserleichterung.....	47
bb. Einfluss auf die Strafwirkung.....	48
c. Sofortiger Vollzug der Geldstrafe (Art. 35 Abs. 2 StGB).....	49
aa. Voraussetzungen des sofortigen Vollzuges.....	49
bb. Nebenwirkungen des sofortigen Vollzuges .....	49
D. Bezahlung der Geldstrafe durch Dritte.....	50
E. Ersatzfreiheitsstrafe (Art. 36 StGB).....	52
II. Nebenwirkungen der Busse.....	54
1. Ausgestaltung und Bemessung der Busse.....	54
2. Wirkungen auf die Angehörigen .....	55
III. Gegenüberstellung der Nebenwirkungen der Geldstrafe und der Freiheitsstrafe.....	56
1. Geldstrafe vs. Freiheitsstrafe im Normalvollzug .....	56
2. Geldstrafe vs. Freiheitsstrafe in Form von alternativen Vollzugsmodalitäten.....	57
3. Kapitel Nebenwirkungen des bedingten und teilbedingten Strafvollzuges.....	59
I. Nebenwirkungen des bedingten Vollzuges nach Art. 42 StGB .....	59
1. Voraussetzungen und Wesen .....	59
2. Nebenwirkungen des bedingten Vollzuges .....	60
A. Grundsätzliches .....	60
B. Weisungen nach Art. 94 StGB.....	61
C. Bewährungshilfe nach Art. 93 StGB .....	62
D. Schlussfolgerung .....	62

II.	Nebenwirkungen des teilbedingten Vollzuges nach Art. 43 StGB .....	63
1.	Voraussetzungen und Wesen .....	63
2.	Wirkungen auf die Angehörigen .....	63
4. Kapitel	Erstes Zwischenergebnis.....	65
I.	Nebenwirkungen der unbedingten Freiheitsstrafe.....	65
1.	Im Normalvollzug.....	65
2.	Bei Vollzugslockerungen .....	66
3.	Bei alternativen Vollzugsformen.....	67
A.	Halbgefängenschaft.....	67
B.	Gemeinnützige Arbeit .....	67
C.	Elektronische Überwachung .....	68
II.	Nebenwirkungen der unbedingten Geldstrafe und Busse .....	68
III.	Nebenwirkungen des bedingten und teilbedingten Vollzuges.....	69
<b>Teil 2</b>	<b>Zur gegenwärtigen Berücksichtigung der Interessen von</b>	
	<b>Angehörigen bei der Strafzumessung.....</b>	<b>71</b>
1. Kapitel	Mittelbare und unmittelbare Berücksichtigung.....	71
2. Kapitel	Straftheorien und Drittinteressen .....	73
I.	Ausgangslage .....	73
II.	Inhalte der Spezialprävention und Drittinteressen .....	75
1.	Negative Spezialprävention .....	75
A.	Abschreckung.....	75
B.	Sicherung .....	76
2.	Positive Spezialprävention.....	76
A.	Definition und Inhalt .....	76
B.	Aktive (positive) Spezialprävention.....	78
a.	Inhalt.....	78
b.	Berücksichtigung der Angehörigen?.....	80
C.	Passive (positive) Spezialprävention.....	81
a.	Inhalt.....	81
b.	Berücksichtigung der Angehörigen?.....	81
III.	Erörterung des Stellenwerts der positiven Spezialprävention.....	82
1.	Anhand der Vereinigungstheorien (Straftheorie) .....	82
A.	Zu den Vereinigungstheorien .....	82
B.	Stellenwert der Spezialprävention gegenüber der	
Generalprävention.....		83

C. Stellenwert der Spezialprävention gegenüber dem Schuldgrundsatz.....	83
2. Anhand der Strafzumessungstheorien.....	85
A. Spielraumtheorie .....	85
B. Gegenposition 1: Punktstrafe Strafe als Punkt oder als Rahmen? .....	87
C. Gegenposition 2: Stellenwerttheorie Präventive Anliegen bei der Strafzumessung i.e.S.? .....	88
D. Stellungnahme.....	90
a. Zur Grundannahme: Strafe als Punkt oder Rahmen? .....	90
b. Zur Berücksichtigung präventiver Anliegen bei der Strafzumessung .....	91
3. Kapitel Die Grundsätze der Strafzumessung i.e.S. (Art. 47 StGB) .....	93
I. Ausgangslage .....	93
II. Verschulden (Art. 47 StGB).....	94
1. Zum Verschuldensbegriff nach Art. 47 StGB.....	94
2. Kriterien zur Bestimmung des Verschuldens .....	95
A. Tatkomponenten (Art. 47 Abs. 2 StGB).....	95
a. Objektive Tatkomponenten.....	95
b. Subjektive Tatkomponenten .....	97
B. Täterkomponenten (Art. 47 Abs. 1 Satz 2 StGB).....	98
a. Täterkomponenten und ihre Rolle in der Strafzumessung....	98
b. Persönliche Verhältnisse .....	101
c. Vorleben.....	101
d. Verhalten des Täters nach der Tat und im Strafverfahren....	103
3. Das Verschulden und die Berücksichtigung der Angehörigen .....	104
III. Strafempfindlichkeit.....	105
1. Charakterisierung und Problematik .....	105
A. Strafempfindlichkeit im Vorgang der Strafzumessung .....	105
B. Strafempfindlichkeit bei der Geldstrafe .....	105
C. Strafempfindlichkeit bei der Freiheitsstrafe .....	105
a. Strafempfindlichkeit und das familiäre Umfeld.....	107
aa. Aussergewöhnliche Umstände .....	108
bb. Keine aussergewöhnlichen Umstände.....	108
b. Fazit.....	110
2. Strafempfindlichkeit und die Berücksichtigung der Angehörigen .....	111

A. Bei der Freiheitsstrafe .....	111
B. Bei der Geldstrafe .....	111
IV. Die Wirkung der Strafe auf das Leben des Täters: Stellenwert spezialpräventiver Bedürfnisse bei der Strafzumessung i.e.S. ....:	113
1. Ausgangslage .....	113
2. Überschuldstrafe unzulässig .....	114
3. Zulässigkeit der Unterschuldstrafe?.....	114
A. Ausgangslage .....	114
B. Grenzwerturteile.....	115
a. Praxis des Bundesgerichts .....	115
b. Indirektes Zugeständnis an die Unterschuldstrafe? .....	117
c. Formen der Unterschuldstrafe .....	119
C. Zulässigkeit der «klassischen» Unterschuldstrafe?.....	121
a. Ausgangslage.....	121
aa. Haltung des Bundesgerichts zur «klassischen» Unterschuldstrafe .....	121
bb. Haltungen der Lehre zur «klassischen» Unterschuld- strafe.....	123
b. «Klassische» Unterschuldstrafe und der Schuldgrundsatz ...	125
aa. Strafbestimmende Funktion des Schuldgrundsatzes nach Art. 47 StGB? .....	125
bb. Schlussfolgerung.....	130
c. «Klassische» Unterschuldstrafe und die Generalprävention....	131
aa. Ausgangslage .....	131
bb. Stellenwert der Generalprävention bei der Straf- zumessung i.e.S.....	131
d. «Klassische» Unterschuldstrafe und das Gebot der Rechtsgleichheit .....	134
aa. Gebot der Rechtsgleichheit .....	134
bb. Berücksichtigung der Spezialprävention als Verletzung der Rechtsgleichheit?.....	135
e. Argument der Transparenz .....	137
f. Fazit zur Zulässigkeit der «klassischen» Unterschuldstrafe.....	138
4. Fazit: Mittelbare Berücksichtigung der Angehörigen auf Grund von Art. 47 Abs. 1 Satz 2 StGB .....	139
5. Unmittelbare Berücksichtigung der Angehörigen auf Grund der «Wirkung der Strafe» nach Art. 47 Abs 1 Satz 2 StGB?.....	140
A. Ausgangslage .....	140

B.	Direkte Bezugnahme des Bundesgerichts auf die Situation der Angehörigen...	141
a.	...ohne Einfluss auf die Strafzumessung.....	141
b.	...mit der Folge einer Strafminderung.....	142
aa.	BGer, 6B_729/2008 .....	142
bb.	Schlussfolgerung für die vorliegende Fragestellung.....	143
C.	Berücksichtigung der Wirkung der Strafe auf das Leben des Täters – und dessen Angehörigen .....	144
a.	Beschluss des deutschen Bundesgerichtshofs .....	144
b.	Deutsche Lehre.....	146
c.	Übernahme der Überlegung ins schweizerische Recht?.....	146
4.	Kapitel Die Bemessung der Geldstrafe insbesondere.....	149
I.	Zur unmittelbaren Berücksichtigung der Angehörigen .....	149
II.	Bemessung der Anzahl der Tagessätze.....	149
III.	Bemessung der Tagessatzhöhe .....	150
1.	Begriff der Familien- und Unterstützungspflichten.....	150
2.	Zu den Familienpflichten .....	151
A.	Familienpflichten .....	151
a.	Familienpflichten bei geschiedener Ehe .....	151
aa.	Inhalt .....	151
bb.	Bemessung .....	151
b.	Familienpflichten bei intakter Ehe, in der gleichgeschlechtlichen Partnerschaft sowie im Konkubinat .....	152
aa.	Inhalt .....	152
bb.	Bemessung des gebührenden Familienunterhaltes (Art. 163 ZGB).....	153
B.	Freiwillige Zuwendungen .....	153
3.	Zur Unterstützungspflicht (Art. 328 ZGB) .....	154
4.	Schlussfolgerung zur unmittelbaren Berücksichtigung der Angehörigen .....	154
5.	Kapitel Die Wahl der Strafart .....	157
I.	Vorrang der Geldstrafe (Art. 41 StGB) .....	157
II.	Ausnahmsweise Anwendung der Freiheitsstrafe.....	157
1.	Zur Verhinderung weiterer Verbrechen oder Vergehen (lit. a) .....	157
A.	Allgemeines .....	157
B.	Berücksichtigung der Angehörigen.....	158
2.	Bei Nichtvollziehbarkeit der (unbedingten) Geldstrafe (lit. b) .....	159
A.	Allgemeines .....	159

	B. Berücksichtigung der Angehörigen .....	160
6. Kapitel	Die bedingte Strafe .....	161
I.	Zweck des Strafaufschubes .....	161
II.	Voraussetzungen der bedingten Strafe nach Art. 42 StGB .....	161
1.	Der Grundfall nach Art. 42 Abs. 1 StGB .....	161
	A. Allgemeine Voraussetzungen von Art. 42 Abs. 1 StGB .....	161
	B. Beurteilung der Legalbewährung insbesondere .....	163
2.	Der Sonderfall nach Art. 42 Abs. 2 StGB .....	165
3.	Berücksichtigung der Angehörigen bei der Gewährung des bedingten Strafvollzuges .....	165
	A. Einfluss des sozialen Umfeldes auf die Bewährungs- aussichten nach Art. 42 Abs. 1 StGB .....	165
	a. Rechtsprechung des Bundesgerichts .....	165
	b. Schlussfolgerung .....	168
	B. Familiäre Beziehungen als «besonders günstige Umstände» nach Art. 42 Abs. 2 StGB? .....	169
	a. Rechtsprechung des Bundesgerichts .....	169
	b. Schlussfolgerung .....	170
	C. Fazit: Mittelbare Berücksichtigung der Angehörigen .....	171
III.	Die teilbedingte Strafe nach Art. 43 StGB .....	171
1.	Zur Anordnung des teilbedingten Vollzuges .....	171
	A. Materielle Grundvoraussetzung nach Art. 42 StGB .....	171
	B. Formelle Voraussetzung nach Art. 43 StGB .....	172
	C. Spezialfall: Im überschneidenden Anwendungsbereich von Art. 42/43 StGB .....	172
2.	Zur Festsetzung der Strafteile .....	173
3.	Schlussfolgerung für die Angehörigenproblematik .....	174
7. Kapitel	Strafmilderung (Art. 48 StGB) und Strafbefreiung (Art. 52-54 StGB) .....	175
I.	Strafmilderung nach Art. 48 StGB – Berücksichtigung der Angehörigen? .....	175
1.	Allgemeines .....	175
2.	Strafmilderungsgründe in Zusammenhang mit dem Verschulden (Art. 48 lit. a-c) .....	176
3.	Strafmilderungsgründe im Hinblick auf das Strafbedürfnis der Gesellschaft (Art. 48 lit. d und e) .....	177
II.	Strafbefreiung nach Art. 52-54 StGB – Berücksichtigung der Angehörigen? .....	179

1.	Rechtsnatur und Ratio Legis der Art. 52-54 StGB.....	179
2.	Fehlendes Strafbedürfnis (Art. 52 StGB).....	181
	A. Ratio Legis und Voraussetzungen .....	181
	B. Berücksichtigung der Angehörigen? .....	182
3.	Wiedergutmachung (Art. 53 StGB) .....	182
	A. Ratio Legis und Voraussetzungen .....	182
	B. Berücksichtigung der Angehörigen? .....	184
4.	Betroffenheit des Täters durch seine Tat (Art. 54 StGB) .....	184
	A. Ratio Legis und Voraussetzungen .....	184
	B. Berücksichtigung der Angehörigen? .....	186
8.	Kapitel Zweites Zwischenergebnis.....	187
I.	Zur Berücksichtigung der Angehörigen bei der Strafzumessung i.e.S... 187	
	1. Ausgangspunkt: Verschulden des Täters – keine Berücksichtigung der Interessen der Angehörigen.....	187
	2. Mittelbare Berücksichtigung der Interessen der Angehörigen.....	187
	A. Bei der Strafempfindlichkeit .....	187
	B. Im Rahmen der positiven Spezialprävention (Art. 47 Abs. 1 Satz 2 StGB).....	188
	a. Passive (positive) Spezialprävention .....	188
	b. Aktive (positive) Spezialprävention .....	189
	c. Stellenwert der positiven Spezialprävention im Rahmen der Strafzumessung nach Art. 47 StGB .....	189
	aa. Grenzwertpraxis des Bundesgerichts .....	189
	bb. «Klassische» Unterschuldstrafe .....	190
	3. Unmittelbare Berücksichtigung der Interessen der Angehörigen... 190	
	A. Bei der Bemessung der Geldstrafe (Art. 34 Abs. 2 StGB) .....	190
	B. Bei der Bemessung der Freiheitsstrafe auf Grund von Art. 47 Abs. 1 Satz 2 StGB?.....	191
II.	Zur Berücksichtigung der Angehörigen bei der Wahl der Straftart (Art. 41 StGB).....	191
III.	Zur Berücksichtigung der Angehörigen bei der bedingten Strafe (Art. 42 StGB).....	193
IV.	Zur Berücksichtigung der Angehörigen bei der Strafmilderung und der Strafbefreiung .....	193
	1. Strafmilderung nach Art. 48 StGB .....	193
	2. Strafbefreiung nach Art. 52-54 StGB.....	194
V.	Konsequenz aus dem zweiten Zwischenergebnis.....	195

<b>Teil 3</b>	<b>Zur Notwendigkeit einer unmittelbaren Berücksichtigung der Interessen von Angehörigen bei der Zumessung der Freiheitsstrafe .....</b>	<b>197</b>
1.	Kapitel Allgemeine grundrechtliche Überlegungen .....	197
I.	Ausgangslage .....	197
1.	Durch die unbedingte Freiheitsstrafe tangierte Grundrechte .....	199
2.	Durch die bedingte Freiheitsstrafe tangierte Grundrechte?.....	201
II.	Durch die Nebenfolgen der unbedingten Freiheitsstrafe tangierte Grundrechte.....	202
1.	Grundrechte zum Schutz der Ehe und der Familie .....	202
	A. Recht auf Ehe und Familie nach Art. 14 BV und Art. 12 EMRK .....	202
	a. Das Recht auf Ehe nach Art. 14 BV und Art. 12 EMRK.....	202
	aa. Schutzbereich.....	202
	bb. Eingriff durch die unbedingte Freiheitsstrafe? .....	202
	b. Das Recht auf Familie nach Art. 14 BV und Art. 12 EMRK ...	203
	aa. Schutzbereich.....	203
	bb. Eingriff durch eine unbedingte Freiheitsstrafe? .....	205
	cc. Das Recht auf Familie während des Strafvollzugs.....	205
	B. Schutz der Privatsphäre nach Art. 13 BV und Art. 8 EMRK ....	208
	a. Persönlicher Schutzbereich und Teilgehalte von Art. 13 BV ...	208
	b. Achtung des Familienlebens nach Art. 13 Abs. 1 BV und Art. 8 EMRK .....	208
	aa. Sachlicher Schutzbereich .....	208
	bb. Eingriff durch die unbedingte Freiheitsstrafe.....	211
	C. Übersicht über den Schutzbereich der Grundrechte zum Schutz von Ehe und Familie.....	211
2.	Bestimmungen zum besonderen Schutz der Kinder .....	212
	A. UN-Kinderrechtskonvention .....	212
	a. Allgemeines.....	212
	b. Art. 9 KRK: Trennung von den Eltern.....	213
	c. Art. 3 Abs. 1 KRK:	
	Berücksichtigung des übergeordneten Kindesinteresses .....	214
	aa. Wortlaut.....	214
	bb. Tragweite .....	215
	cc. Das übergeordnete Kindesinteresse in Bezug auf die Strafzumessung.....	216
	dd. Umsetzung .....	217
	B. Schutz der Kinder und Jugendlichen (Art. 11 BV) .....	219

a. Schutzbereich .....	219
b. Tragweite von Art. 11 Abs. 1 BV .....	219
c. In Bezug auf die Strafzumessung insbesondere .....	220
3. Fazit .....	221
2. Kapitel Verfassungsmässigkeit der Freiheitsstrafe gegenüber den Angehörigen? .....	223
I. Unbedingte Freiheitsstrafe als Eingriff in Art. 13 Abs. 1 BV und Art. 8 EMRK.....	223
1. Schutzbereich.....	223
A. Persönlicher Schutzbereich .....	223
B. Sachlicher Schutzbereich .....	224
a. Freiheitsstrafe im Normalvollzug.....	224
b. Alternative Vollzugsformen für Freiheitsstrafen bis zu 12 Monaten.....	224
c. Fazit.....	226
2. Unmittelbarer oder mittelbarer Eingriff? .....	226
A. Unmittelbare und mittelbare Eingriffe .....	227
a. Unmittelbarer Eingriff .....	227
b. Mittelbarer Eingriff.....	227
aa. Beeinträchtigung der tatsächlichen Voraussetzung zur Grundrechtsausübung .....	228
bb. Mittelbare Einschränkung durch die Folgehandlung Privater.....	229
cc. Chilling effect.....	229
c. Folgen der Freiheitsstrafe auf das Leben der Angehörigen....	230
B. Zurechnung der mittelbaren Beeinträchtigung zum staatlichen Handeln .....	231
a. Grundsätzliches .....	231
b. Zurechenbarkeit der Folgen der Freiheitsstrafe auf das Leben der Angehörigen .....	232
II. Verfassungsmässigkeit des Eingriffes in Art. 13 Abs. 1 BV nach Art. 36 BV?.....	233
1. Gesetzliche Grundlage (Art. 36 Abs. 1 Satz 1 BV).....	233
A. Erfordernis des Gesetzesform .....	233
B. Erfordernis des Rechtssatzes – Bestimmtheitsgebot .....	234
2. Öffentliches Interesse an der Freiheitsstrafe .....	235
A. Schutz der Polizeigüter?.....	235
B. Durchsetzung der Strafrechtsordnung .....	237

3.	Verhältnismässigkeit .....	239
	A. Allgemeines .....	239
	B. Eignung .....	239
	C. Erforderlichkeit .....	239
	a. Mildere Mittel für Freiheitsstrafen bis zu zwei Jahren .....	240
	aa. Vorrang der Geldstrafe nach Art. 41 StGB.....	240
	bb. Alternative Vollzugsmodalitäten .....	240
	cc. Bedingter Vollzug (Art. 42 StGB).....	241
	b. Mildere Mittel für Freiheitsstrafen zwischen zwei und drei Jahren? .....	242
	c. Keine milderen Mittel für Freiheitsstrafen über drei Jahren ....	243
	d. Fazit.....	243
	D. Zumutbarkeit (Verhältnismässigkeit i.e.S.) .....	244
III.	Zwischenfazit: Notwendigkeit der unmittelbaren Berücksichtigung der Angehörigen.....	246
3.	Kapitel Zumutbarkeit der Freiheitsstrafe gegenüber den Angehörigen? .....	249
	I. Zum Vorgehen.....	249
	II. Paralleler Ansatz: Berücksichtigung der Angehörigen bei Verfü- gung einer Wegweisung (Art. 64 AuG).....	250
	1. Die Wegweisung nach Art. 64 AuG im System des Ausländerrechts .....	250
	2. Parallelen der Wirkung auf die Angehörigen .....	251
	3. Die Interessenabwägung im Rahmen einer Wegweisungs- verfügung .....	254
	A. Prüfung der Zumutbarkeit der Verfügung gegenüber den Angehörigen .....	254
	a. Berücksichtigung der Angehörigen bei der Prüfung der Eingriffsvoraussetzung nach Art. 8 EMRK .....	255
	b. Berücksichtigung der Angehörigen bei der umfassenden Interessenabwägung nach Art. 8 Abs. 2 EMKR .....	257
	B. Kriterien der Interessenabwägung nach Art. 8 Abs. 2 EMRK ....	257
	a. Grundsätzlich.....	257
	b. Bei der Wegweisung auf Grund einer Straftat .....	258
	c. Strafrechtsrelevante Kriterien.....	261
	aa. Zum Begriff des migrationsrechtlichen Verschuldens....	261
	bb. Höhe der verhängten Strafe.....	264
	cc. Natur des Deliktes.....	265
	dd. Präventive Überlegungen.....	265

d. Familiäre Verhältnisse .....	267
aa. In Bezug auf den Ehegatten .....	267
bb. In Bezug auf die Kinder .....	268
4. Übernahme der Kriterien für die Beurteilung der Zumutbarkeit der Freiheitsstrafe?.....	271
A. Kriterien zur Gewichtung des öffentlichen Interesses.....	271
B. Kriterien zur Gewichtung des privaten Interesses.....	271
III. Gewichtung des privaten Interesses am Verbleib des Täters in der Familie .....	272
1. Kinder .....	272
A. Kindeswohl als Leitlinie .....	273
a. Ausgangslage.....	273
b. Bestimmung des Kindeswohles.....	273
B. Beurteilung der Schwere des Eingriffes gegenüber einem Kind.....	274
a. Alter.....	274
b. Gemeinsamer Haushalt.....	275
c. Beziehung zum Täter.....	276
d. Die Person des Täters .....	277
aa. Alleinerziehender Elternteil? .....	277
bb. Vorgeschichte .....	278
e. Modalitäten der Freiheitsstrafe.....	278
C. Fazit.....	279
a. Besonderheiten bei der Beurteilung des Eingriffes in das Recht auf Familienleben von Kindern.....	279
b. Schwere Eingriffe und Härtefälle .....	280
2. Ehe- oder Konkubinatspartner .....	280
A. Beurteilung der Schwere des Eingriffes .....	280
a. Grundsätzliches .....	280
b. Beziehung zum Täter.....	281
c. Weitere familiäre Verhältnisse.....	281
d. Modalitäten der Freiheitsstrafe.....	282
B. Fazit.....	283
3. Weiter entfernte Familienangehörige und Freunde.....	284
4. Klassifizierung der Eingriffe und ihre Intensität .....	285
IV. Alternativen zur unbedingten Freiheitsstrafe im Normalvollzug? .....	287
1. Ausgangslage und Vorgehen .....	287

2.	Freiheitsstrafen bis zu zwei Jahren .....	288
	A. Ausgangslage: ungünstige Legalprognose .....	288
	B. Materielle Voraussetzungen der GA oder EM nicht erfüllt .....	289
	a. Problemkonstellation.....	289
	b. Kein Lösungsansatz ersichtlich .....	289
	C. Formelle Voraussetzung der GA oder EM nicht erfüllt.....	290
	a. Problemkonstellation.....	290
	b. Lösungsansatz .....	290
3.	Freiheitsstrafen zwischen zwei und drei Jahren.....	291
	A. Bei ungünstiger Legalprognose.....	291
	B. Bei nicht ungünstiger Legalprognose:	
	Teilbedingte Strafe nach Art. 43 StGB.....	291
	a. Problemkonstellation: Knappe Überschreitung des Anwendungsbereiches von Art. 42 StGB .....	293
	b. Lösungsansatz: Grenzwertpraxis.....	293
	c. Problemkonstellation: Klare Überschreitung des Anwendungsbereiches von Art. 42 StGB .....	295
	d. Lösungsansatz: Anordnung der gemeinnützigen Arbeit oder der elektronischen Überwachung als Vollzugsform .....	295
	e. Exkurs: Würdigung der bundesgerichtlichen Rechtspre- chung .....	296
	aa. Wortlaut der elektronischen Überwachung nach Art. 1 lit. a des Bundesratsbeschlusses.....	296
	bb. Wortlaut des heute geltenden Art. 79b StGB zur elektronischen Überwachung .....	297
	cc. Sinn und Zweck der elektronischen Überwachung .....	298
	dd. Sinn und Zweck des teilbedingten Vollzuges.....	299
	ee. Fazit .....	303
	ff. Im Hinblick auf die Angehörigen.....	303
	f. Zum Lösungsansatz «Anordnung der elektronischen Überwachung».....	305
	aa. Vorgehen .....	305
	bb. Kritische Würdigung.....	307
4.	Freiheitsstrafen über drei Jahren.....	308
	A. Ausgangslage: Normalvollzug .....	308
	a. Bei ungünstiger Legalprognose .....	308
	b. Bei nicht ungünstiger Legalprognose .....	309
	aa. Lösungsansatz: Grenzwertpraxis mit teilbedingtem Vollzug .....	309

bb. Lösungsansatz: «Klassische» Unterschuldstrafe mit teilbedingtem Vollzug .....	309
5. Übersicht zu den Eingriffskonstellationen und möglichen Lösungsansätzen .....	311
6. Fazit .....	314
V. Gewichtung des öffentlichen Interesses an der Durchsetzung der Strafrechtsordnung .....	314
1. Vorgehen .....	314
2. Formeller Aspekt des öffentlichen Interesses: Gleichheitsgrundsatz nach Art. 8 Abs. 1 BV.....	316
A. Ausgangslage .....	316
B. Sind die Interessen der Angehörigen ein zulässiges Kriterium? ...	316
a. Kindeswohl.....	316
b. Grundrechtliche Überlegungen.....	317
c. Berücksichtigung der Angehörigen bei der Bemessung der Geldstrafe (Art. 34 Abs. 2 StGB) .....	318
d. Berücksichtigung der Angehörigen bei ausländerrecht- lichen Wegweisungsentscheidungen.....	319
e. Gefahr der «Zivilstandsjustiz»: Benachteiligung von alleinstehenden Tätern? .....	319
C. Fazit.....	321
3. Materielle Aspekte des öffentlichen Interesses: Grundsätze der Strafzumessung nach Art. 47 StGB .....	322
A. Überblick über die Grundsätze der Strafzumessung .....	322
B. Schuldgrundsatz .....	322
a. Ausgangslage.....	322
b. Konflikt mit der strafbestimmenden Funktion.....	323
C. Spezial- und Generalprävention im Hinblick auf die Unterschuldstrafe .....	324
a. Positive Spezialprävention .....	324
aa. Mittelbare Berücksichtigung der Angehörigen .....	324
bb. Unmittelbare Berücksichtigung der Angehörigen .....	325
b. Negative Spezialprävention.....	326
c. Positive Generalprävention .....	326
aa. Generalpräventives Mindestfordernis? .....	326
bb. Positive Generalprävention als öffentliches Interesse an der Unterschuldstrafe?.....	328
d. Negative Generalprävention .....	328
D. Fazit.....	330

a.	Zum Verhältnis zwischen den Grundsätzen der Strafumessung und dem Interesse der Angehörigen .....	331
b.	Zur Bedeutung der Legalprognose insbesondere.....	332
4.	Kriterien zur Gewichtung des öffentlichen Interesses.....	332
A.	Legalprognose.....	333
B.	Mass der Schuldunterschreitung .....	333
5.	Übersicht zu den Eingriffskonstellationen und deren Lösungsansätzen .....	335
VI.	Interessenabwägung nach Art. 36 Abs. 3 BV .....	337
1.	Ausgangslage.....	337
2.	Interessenabwägung nach Art. 36 Abs. 3 BV bei der «klassischen» Unterschuldstrafe .....	338
A.	Anwendungsbereich.....	338
B.	Anforderungen an die Schwere des Eingriffes .....	339
a.	Grundsätzlich.....	339
b.	Schwerer Eingriff.....	340
c.	Härtefall.....	340
d.	Leichter Eingriff .....	341
C.	Anforderung an die Legalprognose.....	341
D.	Zulässiges Mass der Schuldunterschreitung.....	342
a.	Grundsätzlich.....	342
b.	Gesetzlicher Strafraumen als Untergrenze .....	342
c.	Abstrakte Untergrenze der «klassischen» Unterschuldstrafe?.....	343
aa.	Im Hinblick auf die strafbestimmende Funktion des Schuldgrundsatzes?.....	343
bb.	Im Hinblick auf das Gebot der Rechtsgleichheit?.....	344
d.	Strafsenkung ohne teilbedingten Vollzug als Alternative? ...	347
3.	Interessenabwägung nach Art. 36 Abs. 3 BV bei der Grenzwertpraxis.....	348
A.	Anwendungsbereich.....	348
B.	Zum Mass der Schuldunterschreitung.....	349
C.	Anforderungen an die Legalprognose und die Schwere des Eingriffes.....	349
a.	Im Hinblick auf das Gebot der Rechtsgleichheit .....	349
b.	Im Hinblick auf die strafbestimmende Funktion des Schuldgrundsatzes .....	349
4.	Interessenabwägung nach Art. 36 Abs. 3 BV bei der «kleinen» Unterschuldstrafe .....	350

A. Anwendungsbereich.....	350
B. Zur Art und Weise der Schuldunterschreitung .....	350
C. Anforderungen an die Legalprognose und die Schwere des Eingriffes .....	351
5. Schlussfolgerung für die Strafzumessung.....	351
VII. Drittes Zwischenergebnis.....	353
1. Verfassungsmässigkeit der unbedingten Freiheitsstrafe in Bezug auf die Angehörigen des Täters?.....	353
2. Zumutbarkeit insbesondere.....	355
A. Gewichtung des privaten Interesses .....	355
B. Alternativen zur Vermeidung eines Grundrechtseingriffes.....	356
C. Gewichtung der öffentlichen Interessen .....	356
D. Interessenabwägung nach Art. 36 Abs. 3 BV .....	357
VIII. Schlusswort.....	357
IX. Prüfungsschema für Strafzumessung .....	359
Sachwortregister.....	363