

Strafe definieren 5: Nagelprobe

Anwendungsbeispiele 1

Marcel Alexander Niggli

Disziplinarstrafen & Fahrverbote

I. Auswirkungen der Mediengesellschaft auf das Recht

Um die hier entwickelte Definition von Strafe bzw. die Kriterien, die dazu dienen, auf ihre Tauglichkeit hin zu überprüfen, sollen einzelne Beispiele dienen, deren Strafcharakter diskutiert wird. Strafe wurde hier definiert als ein Übel, mit dem auf eine *Tat* reagiert wird, aber dem *Täter* zugefügt wird (vgl. [M. A. Niggli, Strafe definieren 4: Versuch einer Definition, ContraLegem 2021/3, 54-57](#)). Ob das eine oder das andere vorliegt, lässt sich durch den Differenztest entscheiden, also dadurch, dass die Tat weggedacht wird. Wenn die staatliche Reaktion auch ohne Bezug auf die fragliche Tat erklärbar ist und begründet erscheint, wird höchstwahrscheinlich auf den Täter reagiert, nicht auf seine Tat.

II. Disziplinarstrafe & Disziplinarmassnahme

Die Disziplinarstrafe wird geradezu idealtypisch als Beispiel einer Sanktion vorgebracht, die keine Strafe darstellen soll. Das überrascht angesichts ihres Namens einigermaßen und ist überhaupt nur verständlich vor dem Hintergrund der Gleichsetzung des Begriffes der «Strafe» mit demjenigen der «strafrechtlichen Anklage» gemäss Art. 6 EMRK. Eine Gleichsetzung, die aber völlig unzulässig und unrichtig ist (vgl. eingehend [M. A. Niggli, Strafrecht & Strafrechtliche Anklage, ContraLegem 2018/2, 49-52](#) sowie [M. A. Niggli, Strafe definieren 1: Was nicht funktioniert, ContraLegem](#)

[2021/2, 53-60](#)). Das muss hier nicht nochmals dargelegt werden. Es sei der Hinweis ausreichend, dass Fragen nach Täterschaft und Teilnahme, Versuch und Rechtfertigung oder Verjährung sich natürlich *nicht* mit der EMRK, sondern nur mit dem StGB beantworten lassen. Schon der Name der Disziplinar-Strafe zeigt an, dass damit Strafen gemeint sind, und nur eine unzulässige Fokussierung auf die Strassburger Rechtsprechung zum *strafprozessualen* Begriff der strafrechtlichen Anklage kann einen unvoreingenommenen Menschen je zur Behauptung bringen, Disziplinarstrafen seien gar keine Strafen. Um diesen bereits sprachlich überdeutlichen Selbstwiderspruch zu vermeiden, wollen wir deshalb den neutraleren Begriff der Disziplinarstrafe verwenden, der ja seinerseits eher anzeigt, dass es sich bei der fraglichen Disziplinarreaktion nicht um eine Strafe handelt.

Versuchen wir nun zu bestimmen, ob sich bei der Disziplinierung um Etwas handelt, das sich auf die Tat oder auf den Täter bezieht, und wenden den erwähnten Test an, denken uns also die Tat weg, so ergibt sich zweifelsfrei, dass es sich *um eine Strafe handeln muss*, und zwar unabhängig davon, ob es Disziplinarstrafe oder Disziplinarstrafe genannt wird. Wird nämlich behauptet, es werde auf den Täter bzw. bestimmte seiner Eigenschaften reagiert, lassen sich diese Eigenschaften aber nur mit seiner Tat belegen, so wird – wenn

diese Tat weggedacht wird – überdeutlich, dass sich die disziplinarrechtliche Reaktion nicht mehr erklären oder begründen lässt, dass sie sich also gar nicht auf den Täter beziehen kann, sie sich notwendig auf die Tat beziehen muss. Die Tat kann mithin nicht nur den Anlass dieser Reaktion, sie muss ihren eigentlichen veritablen Grund darstellen. Wird über einen Soldaten ein Arrest verfügt, so ist das eine Strafe, auch wenn sie seiner Disziplinierung und Erziehung dienen soll. Dasselbe gilt etwa für den Schularrest bei Schülern oder für Strafaufgaben.

III. Fahrerlaubnis & Fahrverbot

Der Entzug der Fahrerlaubnis ist möglicherweise das Paradebeispiel schlechthin dafür, dass nicht nur die Definition eines Begriffes über Zwecke, sondern auch die Zuordnung eines Phänomens zu einem Konzept basierend auf Zwecken notwendig scheitern muss. Für die Frage, ob die Fahrerlaubnis bzw. deren Entzug eine Strafe darstelle, wird zur Begründung für oder gegen eine Position fast immer auf Ziele und Zwecke abgestellt, wobei allerdings die vorgebrachten Ziele und Zwecke selbst beliebig bleiben. Selten scheitert der Versuch derart glorios, ein Phänomen über die Zwecke, die ihm eingeschrieben werden, zu definieren. Die hilflose Hartnäckigkeit, mit der das trotzdem versucht wird, könnte einen sogar auf die abwegige Idee bringen, es sei kein Mangel des Zweckargumentes, sondern geradezu seine Funktion, eine Zuordnung zu verunmöglichen bzw. den möglichen Strafcharakter zu vernebeln. Die Diskussionen im Rahmen der Revision des StGB haben die Frage nach dem Strafcharakter zwar aufgeworfen, aber – anders als in Frankreich und Deutschland, wo über den Charakter als Nebenstrafe kein Zweifel besteht – verneint. Die Hilflosigkeit zeigt sich nicht nur in der Vielzahl der Formen, in der das Fahrverbot auftritt, so etwa (1) als richterliches Fahrverbot gemäss Art. 67e StGB; (2) als richterliche Weisung, kein Motorfahrzeug zu führen gemäss Art. 94 i.V.m. Art. 44 Abs. 2

StGB; (3) als administrativer Warnungsentzug gemäss Art. 16 Abs. 2 und 3 SVG i.V.m. Art. 30 Abs. 2 VZV und schliesslich (4) als administrativer Sicherungsentzug gemäss Art. 16d SVG und Art. 30 Abs. 1 VZV). Dass bei diesem Wildwuchs Auslegungsschwierigkeiten entstehen, ist absehbar.

Dass die richterliche Weisung, kein Fahrzeug zu führen, und das Fahrverbot sich weitgehend decken, liegt weniger daran, dass beide die «die Besserung des Verurteilten bezwecken», sondern daran, sie im Wesentlichen dasselbe anders formulieren. Die Weisung, etwas nicht zu tun, ist vom Verbot, etwas zu tun, eben nicht wirklich zu unterscheiden. Logisch unumgänglich entspricht daher eine «Weisung an einen bedingt Verurteilten, überhaupt kein Fahrzeug zu führen, [...] materiell dem Fahrverbot (bzw. einem Führerausweisentzug nach SVG)» (vgl. [L. Arquint/S. Heimgartner](#), Art. 67e N 9, in: M. A. Niggli/H. Wiprächtiger (Hrsg.), *Strafrecht, Basler Kommentar*, 4. Auflage, Basel 2019). Das würde auch gelten, wo unterschiedliche Zweckbestimmungen behauptet würden. Es erinnert an einen billigen Taschenspielertrick, zwei materiell identische Phänomene nach ihrer vorgeblich unterschiedlichen Zweckbestimmung unterscheiden zu wollen.

Regelmässig wird die Verkehrssicherheit als Zweck der Fahrverbote vorgebracht (vgl. etwa BGE 135 II 138, 142, E. 2.2.3: *Der Gesetzgeber habe «bei der Revision das Recht des Warnungsentzugs von strafrechtlichen Erwägungen stärker verselbständigt und im Hinblick auf die Erhöhung der Verkehrssicherheit und damit die weitere Senkung der Zahl der Toten und Verletzten im Strassenverkehr – teilweise massiv – verschärft»*) und zwar bei Ersttätern ebenso wie Rückfälligen, doch lässt sich damit ihr Charakter als Strafe nicht bestimmen. Es unterliegen im StGB natürlich auch Massnahmen «strafrechtlichen Erwägungen», und dasselbe gilt – als Folge von Art. 1 und 333 StGB – auch für andere Gesetze, soweit sie Strafen androhen. Was eine Lösung von «strafrechtlichen Erwägungen» meinen könnte, bleibt daher völlig unklar. Was Führe-

rausweisentzüge des SVG vom Fahrverbot nach StGB tatsächlich unterscheidet, dass sie nicht nur ein Fehlverhalten voraussetzen, sondern «grundsätzlich ein Fehlverhalten im Strassenverkehr» (BSK StGB⁴-[Arquint/Heimgartner](#), Art. 67e N 8).

Wird über einen Soldaten ein Arrest verfügt, so ist das eine Strafe, auch wenn sie seiner Disziplinierung und Erziehung dienen soll.

Damit aber sind wir nicht wirklich weiter. Denn sowohl Warnungs- als auch Sicherungsentzug sollen (BSK StGB⁴-[Arquint/Heimgartner](#), Art. 67e N 8) «der Verhütung von neuen Verkehrsregelverletzungen und damit der Verkehrssicherheit» dienen. Der «Warnungsentzug bezweckt dabei, den Fahrzeuglenker, der schuldhaft Verkehrsregeln verletzt hat, zu mehr Sorgfalt und Verantwortung zu erziehen und ihn dadurch von weiteren Verkehrsdelikten abzuhalten [...]. Demgegenüber dient der Sicherungsentzug dazu, den Verkehr von Fahrzeuglenkern freizuhalten, die bspw. aus medizinischen oder charakterlichen Gründen zum Führen eines Motorfahrzeugs nicht geeignet sind [...]» Das allerdings ist nur dem Anschein nach eine Unterscheidung, denn nicht der Zweck unterscheidet die beiden Massnahmen, sondern schon ihre Dauer und ihr Grund.

Dass ein Sicherungsentzug aufgrund ungenügender körperlicher oder geistiger Leistungsfähigkeit (Art. 16d Abs. 1 lit. a SVG) keinen erzieherischen Zweck verfolgt, liegt nicht an

der Zweckbestimmung selbst, sondern an ihrer Unmöglichkeit, denn ungenügende körperliche oder geistige Leistungsfähigkeit lassen sich nicht durch Erziehung kompensieren, stellen also nicht den Zweck, sondern den Grund des Entzuges dar. Gleiches gilt für eine die Fahr-eignung ausschliessende Sucht (Art. 16d Abs. 1 lit. b SVG). Auch sie kann durch Erziehung gar nicht behoben werden. Auch hier schliesst der Grund des Entzuges den erzieherischen Zweck aus.

Anderes gilt hingegen beim dritten Grund des Sicherungsentzuges: Wurde der Ausweis entzogen, weil aufgrund des bisherigen Verhaltens keine Gewähr für ordnungsgemässes Fahren mehr besteht (Art. 16d Abs. 1 lit. c SVG), so schliesst das einen erzieherischen Zweck nicht per se aus. Hier wäre mithin zu entscheiden, ob der Entzug die Erziehung des Fahrers oder die Sicherung des Verkehrs anstrebt. Es fällt diese Entscheidung aber nicht gegen den erzieherischen Zweck aus, denn nach Art. 17 Abs. 3 SVG etwa wird die Fahrerlaubnis wieder erteilt, wenn der Betroffene die massgeblichen Mängel behoben hat. Damit stellt sich einzig die Frage, wie man je Fahreignung nachweisen bzw. Gewähr für ordnungsgemässes Fahren erbringen können sollte, ohne dass man fährt. Ein erzieherischer Zweck wird damit nicht ausgeschlossen. Die offenbare Ausrichtung auf die Erziehung des Fahrers wird überdeutlich in Art. 16d Abs. 3 lit. a SVG, wonach der Ausweis «unverbesserlichen Personen» für immer entzogen wird, wobei auch «für immer» keinen Entzug auf Lebzeiten meint ([B. Rüttsche/N. D'Amico](#), Art. 16d N 58 m.N., in: M. A. Niggli/Th. Probst/B. Waldmann (Hrsg.), Strassenverkehrsgesetz, Basler Kommentar, Basel 2014).

Wenden wir auf diesverschiedenen Varianten des Fahrverbotes & des Entzuges der Fahrerlaubnis den Differenztest an und denken uns die Tat weg, so ergibt sich Folgendes:

- Eine **Strafe** stellt das **richterliche Fahrverbot nach Art. 67e StGB** dar: Das Fahrverbot lässt

sich weder begründen noch verstehen, wenn man die Tat wegdenkt, auf die es sich bezieht. Dass es sich bei der Tat um ein Verkehrsdelikt handeln und dass beim Täter Rückfallgefahr bestehen muss, ändert daran nichts, denn das Fahrverbot bezieht sich auf die Tat, nicht den Täter.

- **Nichts anderes kann gelten für die richterliche Weisung nach Art. 94 i.V.m. Art. 44 Abs. 2 StGB**, kein Fahrzeug zu führen, obwohl hier die Anlasstat nicht in einem Verkehrsdelikt bestehen muss. Sowohl das Fahrverbot nach Art. 67e, als auch eine entsprechende richterliche Weisung gemäss Art. 94 i.V.m. Art. 44 Abs. 2 StGB streben eine Besserung des Täters bzw. seine Resozialisierung an. Soweit sich das Besserungs- bzw. Resozialisierungsbedürfnis aus der Tat ergibt und nicht unabhängig davon festgestellt und begründet ist, soweit sich also die Tat nicht wegdenken lässt, ohne dass eine entsprechende Weisung ihre Rechtfertigung verlöre (Differenztest), handelt es sich notwendig um eine Strafe.
- Dasselbe gilt für den der **Warnungsentzug nach Art. 16a – 16c (inkl. Art. 16cbis)**: Denkt man sich die Tat weg, so verliert der Warnungsentzug nach all diesen Bestimmungen nicht nur seinen Grund, sondern auch seine Rechtfertigung. Der Entzug lässt sich ohne die Tat schlicht nicht begründen. Er bezieht sich daher zweifellos auf die Tat und stellt deshalb eine Strafe dar.
- Und auch für den **Sicherungsentzug nach Art. 16d Abs. 1 lit. c sowie denjenigen nach Art. 16d Abs. 2 und 3 SVG** gilt dasselbe: Grundet

der Entzug darin, dass der Fahrer aufgrund seines bisherigen Verhaltens keine *Gewähr für ordnungsgemässes Fahren* biete (Art. 16d Abs. 1 lit. c SVG), so lässt sich die Tat (das Verhalten des Fahrers) nicht wegdenken, ohne dass gleichzeitig auch die Rechtfertigung für den Entzug entfiel. Gleiches gilt für Art. 16d Abs. 2 (Entzug nach Absatz 1 anstelle eines Entzugs nach den Artikeln 16a–c) und 3 (Unverbesserliche und Rückfällige). *In all diesen Varianten ist der Sicherungsentzug nicht täter-, sondern tatorientiert und stellt eine Strafe dar.*

Keine Strafe stellen demgegenüber dar ein **Sicherungsentzug wegen ungenügender körperlicher oder geistiger Leistungsfähigkeit (Art. 16d Abs. 1 lit. a SVG)** oder wegen einer die **Fahreignung ausschliessenden Sucht (Art. 16d Abs. 1 lit. b SVG)**. Denn diese Fahrverbote lassen sich genau so gut begründen und rechtfertigen, ob man die Anlasstat nun wegdenkt oder nicht. Die Tat ist hier also höchstens Anlass des Entzuges, die Anlasstat ist Entzugsanlass. Bei diesen beiden Varianten handelt es sich damit um *keine Strafen*.

Dasselbe muss auch gelten für richterliche Weisungen, die sich nicht auf eine Anlasstat beziehen, sondern auf Eigenschaften, Fähigkeiten oder Persönlichkeit des Fahrers, sofern Eigenschaften, Fähigkeiten oder Persönlichkeit, auf die abgestellt wird, sich nicht aus der Anlasstat hergeleitet werden. Wo dies aber geschieht, ist es die Anlasstat, die massgebliches Kriterium bildet und nicht der Täter, was bedeutet, dass es sich um eine Strafe handeln muss.

